Governme
Publicatio



bankruptcy seminar

colloque sur la faillite

Consumer and Corporate Affairs
Consommation et Corporations

his sheet liter
should be placed
on top of
binder contents.

Government
Publications

CA1
RG75
-73B17

Canada. Dept. of Consumer and Corporate Affairs.
[General publications]
[G-15]

LIBRARY
MAR 12 1975
UNIVERSITY OF TORONTO

INTRODUCTION

This second seminar, which follows the one held in 1972/1973, deals more specifically with certain operational concerns in estate administration under the Bankruptcy Act.

While the enclosed working papers were initially developed by research staff of the Bankruptcy Branch, the final papers reflect solely the opinions and positions of the individual panelists in respect to their specific topics. Neither the Department of Consumer and Corporate Affairs nor the Superintendent of Bankruptcy necessarily endorses any of the statements published in these papers and in addition, the Minister, as well as the Superintendent of Bankruptcy, assumes no responsibility for the interpretation of any statute or for any opinion stated at the seminar.

Our distinguished panelists will discuss all questions and comments arising from these papers. The working papers are aimed at provoking your active participation at the seminar and can be useful resource documents for your professional needs.

Thank you for participating in this seminar.

Ce second colloque fait suite à celui tenu en 1972/1973 et traite plus particulièrement d'un certain nombre de questions pratiques relativement à l'administration d'actifs en vertu de la Loi sur la faillite.

Quoique les documents de travail ci-joints aient été originalement rédigés par des agents de recherche de la Direction des faillites, les documents définitifs reflètent uniquement les opinions et les positions des divers panélistes quant à leurs propres sujets. Ni le ministère de la Consommation et des Corporations, ni le Surintendant des faillites n'endossent nécessairement l'une ou l'autre des déclarations publiées dans ces documents; de plus, le ministre, de même que le Surintendant des faillites, déclinent toute responsabilité à l'égard de l'interprétation d'une loi ou d'une opinion exprimée au colloque.

Les panélistes invités traiteront chaque question ou commentaire suscité par ces documents. Les documents de travail ont pour objet de vous inciter à participer activement au colloque et pourront constituer des documents utiles à vos activités professionnelles.

Je vous remercie de votre participation à ce colloque.

Raymond Landry,
Superintendent of Bankruptcy,
Surintendant des faillites.

Ottawa/Hull
November 23, 1973.

Ottawa/Hull
le 23 novembre 1973.

SEMINAR PROGRAM SHEET

MONTREAL, NOVEMBER 23, 1973

1. MEETING, LUNCHEON AND RECEPTION ROOMS

. HOTEL - Hotel Bonaventure,
1 Place Bonaventure,
Montreal, Quebec.

. SEMINAR - To be held in the MOUNT ROYAL SALON.
Check-in time commences at 8:00 a.m.
Proceedings commence at 8:45 a.m.

. KITS - To be handed to each participant at time of check-in and will contain:

- Individual name tag
- Luncheon and reception tickets
- Note pad
- List of participants
- Appraisal sheet

. LUNCHEON - To be held in the WESTMOUNT SALON.

. RECEPTION - From 5:00 p.m. to 6:00 p.m. in the WESTMOUNT SALON.

2. SEMINAR STRUCTURE - DISCUSSION OF TOPICS

1. The topics are to be discussed in the sequence shown in the Table of Contents included in the front of the binder.

2. The chairman will organize the length of discussion periods to be made available for each topic and broadly, these will be based on the priorities previously expressed by trustees as well as the participants' interest in the subject matter.

3. The proceedings will be conducted by written questions to the panel. All questions are to be handed to the monitors in attendance in the audience. The chairman may limit the number of questions for each topic.

(Français au verso)

PROGRAMME DU COLLOQUE

MONTREAL, LE 23 NOVEMBRE 1973

1. SALLES DE REUNION, DE DEJEUNER ET DE RECEPTION

. HOTEL - Hôtel Bonaventure,
1 Place Bonaventure,
Montréal (Québec).

. COLLOQUE - Se tiendra au SALON MONT-ROYAL.
La période d'inscription commencera à 8:00 a.m.
La scéance s'ouvrira à 8:45 a.m.

. MATERIEL FOURNI - Sera remis à chaque participant à l'arrivée et contiendra

- Etiquette d'identité
- Billets pour le déjeuner et la réception
- Blocs-notes
- Liste des participants
- Feuille d'évaluation

. DEJEUNER - Aura lieu dans le SALON WESTMOUNT.

. RECEPTION - De 5:00 p.m. à 6:00 p.m. dans le SALON WESTMOUNT.

2. STRUCTURE DU COLLOQUE - DISCUSSION DES SUJETS

1. Les sujets seront traités dans l'ordre indiqué à la Table des Matières dans votre manuel.

2. Le président fixera la durée des discussions pour chaque sujet; il les variera selon les préférences qu'auront manifestées les syndics ainsi que l'intérêt suscité par un sujet particulier.

3. Les délibérations se dérouleront par des questions écrites remises aux panélistes. Toutes les questions devront être remises aux moniteurs situés dans l'auditoire. Le président peut limiter le nombre de questions pour chaque sujet.

(English on reverse side)

4. Pre-printed question sheets are included in the binder for each topic. Please use these to record your questions. This will assist the chairman in collating and reading the questions.

5. Should there be insufficient pre-printed question sheets for your needs, use a plain sheet of paper CLEARLY HEADING THE SHEET WITH THE TITLE OF THE TOPIC.

6. The panel's comments to written questions will commence immediately after introductions; THE WORKING PAPERS WILL BE ASSUMED TO HAVE BEEN READ. Questions will be first directed to the panelist responsible for the topic. Other panelists will then contribute comments as the subject is developed.

3. PRE-SEMINAR QUESTIONS

In order to use the seminar time as effectively as possible, you are urged to mail your questions PRIOR TO THE SEMINAR to

The Superintendent of Bankruptcy,
Bankruptcy Branch,
Department of Consumer and Corporate Affairs,
Ottawa/Hull.
K1A 0C9

Re: Bankruptcy Seminar, Montreal

Alternatively, should there be a lack of time, please hand your questions to one of the monitors at the time of checking in.

4. APPRAISAL SHEETS

Please note your comments and suggestions on the sheet provided in the seminar kit and hand this to one of the monitors at the conclusion of the seminar.

5. MEALS

Luncheon - The waiters will collect MAUVE tickets at the luncheon.

Reception - The monitors will collect WHITE tickets at the entrance to the WESTMOUNT SALON.

(Français au verso)

4. Des formules de questions imprimées pour chaque sujet sont incluses avec le manuel. Veuillez vous en servir pour inscrire les questions que vous voulez poser aux panélistes. Cette façon de procéder aidera le président à rassembler et à lire les questions.

5. Si les formules de questions imprimées ne suffisent pas à vos besoins, vous pourrez utiliser du papier ordinaire, en indiquant clairement au haut de la feuille le titre du sujet.

6. Les réponses des panélistes aux questions écrites débuteront aussitôt après les présentations; ON PRESUME QUE LES DOCUMENTS DE TRAVAIL AURONT ETE LUS AU PREALABLE PAR LES PARTICIPANTS. Les questions seront adressées initialement au panéliste responsable du document de travail pertinent. Par la suite, les autres panélistes ajouteront leurs commentaires, à mesure que le sujet sera traité.

3. QUESTIONS ENVOYEES AVANT LE COLLOQUE

Afin de tirer un meilleur rendement de la période de temps alloué au colloque, les participants sont priés de faire parvenir leurs questions d'avance à l'adresse suivante:

Le Surintendant des faillites,
Direction des faillites,
Ministère de la Consommation et des Corporations,
Ottawa/Hull.
K1A 0C9

Objet: Colloque sur la faillite, Montréal

Sinon, vos questions pourront être remises à l'un des moniteurs sur les lieux lors de votre inscription.

4. FEUILLE D'EVALUATION

Veuillez formuler vos commentaires et suggestions sur la feuille incluse à cette fin dans le matériel fourni pour le colloque que vous remettrez à l'un des moniteurs à la fin du colloque.

5. REPAS

Déjeuner - Les garçons de table accepteront les billets MAUVES au déjeuner.

Réception - Les moniteurs accepteront les billets BLANCS à l'entrée du SALON WESTMOUNT.

(English on reverse side)

6. THE PANEL

MELVIN C. ZWAIG, C.A.
TRUSTEE IN BANKRUPTCY

Melvin C. Zwaig graduated from Sir George Williams University in 1959 with a Bachelor of Commerce degree, majoring in accounting. He was admitted to the Institute of Chartered Accountants of Quebec in 1961. Mr. Zwaig is a partner in Riddell Stead & Co. and is National Director and Partner in Charge of the firm's bankruptcy practice. He is a member of the Study Group on Bankruptcy of the Canadian Institute of Chartered Accountants; the Bankruptcy Committee of the Montreal Board of Trade and Chairman of the Insolvency Committee of the Institute of Chartered Accountants of Quebec.

J. BERNARD CARISSE, M.C.L.
LAWYER

Bernard Carisse holds Bachelor degrees in Arts and Philosophy from the University of Ottawa and a Master's degree in Civil Law from McGill University. In addition, he holds degrees in Social Sciences granted by the University of Montreal and in Urban Affairs granted by McGill University.

Mr. Carisse was called to the Bar of the Province of Quebec in Montreal in 1954. He has practised law over a period of 18 years, specializing in commercial law over the last 12 years. Mr. Carisse is the author of articles on the subject of "Rénovation des villages du Québec", published in "La Revue Canadienne d'Urbanisme, publiée Numéro Spécial, Mars 1957". He is Legal Counsel for "Ligue Municipale d'Anjou Inc." and a member of the Bankruptcy Committee of the Chamber of Commerce of Montreal.

L. CLAUDE MERCURE, C.A.
TRUSTEE IN BANKRUPTCY

Claude Mercure graduated in 1945 from the University of Ottawa with a Bachelor of Commerce degree. He was admitted to the Institute of Chartered Accountants of Quebec in 1949. He is a senior partner of the firm of Mercure, Béliveau & Ass. His professional activities include membership in the Bankruptcy Study Group of the Canadian Institute of Chartered Accountants and the Committee on Insolvency Practice of the Institute of Chartered Accountants of Quebec.

(Français au verso)

6. LE PANEL

MELVIN C. ZWAIG, c.a.
SYNDIC

Melvin C. Zwaig détient un Baccalauréat en commerce avec spécialisation en comptabilité de l'Université Sir George Williams. Il a été admis à l'Institut des comptables agréés du Québec en 1961. M. Zwaig est associé de la société Riddell Stead & Co., de qui il est directeur national responsable des affaires de faillite de la société. De plus, M. Zwaig est membre du Groupe d'étude de la faillite de l'Institut canadien des comptables agréés et du Comité de la faillite de la Chambre de commerce de Montréal, et président du Comité de l'insolvabilité de l'Institut des comptables agréés du Québec.

J. BERNARD CARISSE, M.C.L.
AVOCAT

Bernard Carisse détient un Baccalauréat ès arts et un Baccalauréat en philosophie de l'Université d'Ottawa, ainsi qu'une Maîtrise en droit civil de l'Université McGill. De plus, il est Licencié en Sciences sociales de l'Université de Montréal et possède un certificat d'études en Urbanisme de l'Université McGill.

Admis au Barreau de la province de Québec à Montreal en 1954, M. Carisse pratique le droit depuis 18 ans, et se spécialise dans le droit commercial depuis 12 ans. Il est l'auteur d'articles sur La Rénovation des villages du Québec, publiés dans La Revue Canadienne d'Urbanisme, Numéro spécial, mars 1957. Il est conseiller juridique de la Ligue Municipale d'Anjou Inc., et membre du Comité de Faillite de la Chambre de commerce de Montréal.

L. CLAUDE MERCURE, c.a.
SYNDIC

Claude Mercure détient un Baccalauréat en commerce de l'Université d'Ottawa. Il a été admis à l'Institut des comptables agréés du Québec en 1949. Il est associé sénior de la société Mercure, Béliveau & Associés. En plus de ses activités professionnelles, M. Mercure est membre du Groupe d'Etude en matière de Faillite de l'Institut Canadien des comptables agréés et membre du Comité de Pratique en matière d'insolvabilité de l'Institut des comptables agréés du Québec.

(English on reverse side)

7. THE AGENDA

8:45 - 9:00 a.m.	Address by Me Raymond Landry, Superintendent of Bankruptcy. Introduction of Me Serge Bourque, Quebec Regional Director, Department of Consumer and Corporate Affairs. Chairman introduces panel and outlines proceedings.
9:00 - 10:30	Discussion of topics.
10:30 - 10:45	Coffee break.
10:45 - 12:30	Discussion of topics.
12:30 - 1:45	Luncheon.
1:45 - 3:00	Discussion resumes.
3:00 - 3:15	Coffee break.
3:15 - 5:00	Final discussion and Chairman's closing remarks.
5:00 - 6:00	Superintendent's reception.

8. MESSAGES

Arrangements have been made with the hotel to receive messages. Participants should refer to the check-in tables during coffee and meal breaks.

9. SIMULTANEOUS TRANSLATION

Arrangements have been made to offer simultaneous translation so that both the English and French languages will be available to the participants throughout the seminar. Special equipment for this purpose will be provided at check-in time.

(Français au verso)

7. L'AGENDA

8:45 - 9:00 a.m.	Brève allocution de Me Raymond Landry, Surintendant des faillites. Présentation de Me Serge Bourque, Directeur régional, Région du Québec, Ministère de la Consommation et des Corporations. Le président d'assemblée présente les panélistes et indique les procédures à suivre.
9:00 - 10:30	Discussion des sujets.
10:30 - 10:45	Pause-café.
10:45 - 12:30	Discussion des sujets.
12:30 - 1:45	Déjeuner.
1:45 - 3:00	Reprise des discussions.
3:00 - 3:15	Pause-café.
3:15 - 5:00	Discussion finale et remarques de clôture du président.
5:00 - 6:00	Réception du Surintendant.

8. MESSAGES

Des dispositions ont été prises avec l'hôtel pour recevoir les messages téléphoniques. Les participants pourront consulter les tables d'inscription pendant les pauses-café et le déjeuner.

9. TRADUCTION SIMULTANEE

Des dispositions ont été prises permettant la traduction simultanée, donnant ainsi la liberté à chaque participant de s'exprimer dans l'une ou l'autre langue officielle tout au cours du colloque. Chaque participant sera muni d'un écouteur spécial réservé à cette fin lors de l'inscription.

(English on reverse side)

Colloque sur la faillite

Montréal

le 23 novembre 1973

TABLE DES MATIERES

DOCUMENTS DE TRAVAIL

I.	Responsabilités d'un syndic lors d'une proposition concordataire	*Melvin C. Zwaig, c.a.*
II.	La fonction du séquestre intérimaire en matière de faillite	*L. Claude Mercure, c.a.*
III.	Faits saillants des fonctions du syndic, du débiteur et des créanciers dans les actifs de faillite	*Melvin C. Zwaig, c.a.*
IV.	Les droits des locateurs et ceux des locataires	*J. Bernard Carisse, M.C.L.*
V.	Les divers modes de réaliser des actifs de faillite	*L. Claude Mercure, c.a.*
VI.	L'ordre de priorité du plan de répartition des biens administrés en vertu de la Loi sur la faillite	*J. Bernard Carisse, M.C.L.*

Colloque sur la faillite
Montréal
le 23 novembre 1973

Notes de travail sur RESPONSABILITE D'UN SYNDIC LORS D'UNE PROPOSITION CONCORDATAIRE

Melvin C. Zwaig, C.A.

TABLE DES MATIERES

	PAGE
INTRODUCTION	1
CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES	2
DIFFERENCES ENTRE LA FAILLITE ET LA PROPOSITION CONCORDATAIRE QUANT AUX FONCTIONS DU SYNDIC	8
PREMIERE RENCONTRE DU DEBITEUR AVEC LE SYNDIC	11
IMPARTIALITE DU SYNDIC	18
ASPECTS FINANCIERS DE LA PROPOSITION	20
CONSIDERATIONS PORTANT SUR CERTAINS TYPES DE CREANCES	22
PROCEDURE DES PROPOSITIONS DE CONCORDAT	24
I - PREPARATION DE LA PROPOSITION	25
II - DEPOT DE LA PROPOSITION	29
III - ADMINISTRATION DU SYNDIC AVANT LA PREMIERE ASSEMBLEE DES CREANCIERS	32
IV - LES FONCTIONS ET OBLIGATIONS DU SYNDIC A LA PREMIERE ASSEMBLEE DES CREANCIERS	41
V - PRESENTATION AU TRIBUNAL D'UNE DEMANDE D'APPROBATION	59
VI - PRESENCE DU SYNDIC LORS DE L'AUDITION POUR L'APPROBATION DE LA PROPOSITION	60
VII - EFFETS DE L'APPROBATION DE LA PROPOSITION	77
VIII - ADMINISTRATION DU SYNDIC, EN CAS D'APPROBATION DE LA PROPOSITION	78
IX - ACTION DU SYNDIC EN CAS DE REJET DE LA PROPOSITION DE CONCORDAT ET DE CESSION PRESUMEE POUR CAUSE DE FAILLITE	84
X - REFUS DE LA PROPOSITION PAR LES CREANCIERS, QUORUM ATTEINT	87
XI - ABSENCE DE QUORUM - ADMINISTRATION PROVISOIRE	93
XII - PARTICIPATION DU SYNDIC A LA PREMIERE ASSEMBLEE DES CREANCIERS DANS LES CAS DE CESSIONS PRESUMEES	96
XIII - ACTION DE L'ANCIEN SYNDIC EN CAS DE SUBSTITUTION	97
XIV - DEMANDE DE LIBERATION DU SYNDIC	104

RESPONSABILITE D'UN SYNDIC LORS D'UNE PROPOSITION CONCORDATAIRE

INTRODUCTION

Entre la partie II de la Loi sur la faillite, (S.R.C., chap. B-3) intitulée "Ordonnances de séquestre et cessions" et la partie IV, intitulée "Biens du failli", qui est suivie de toutes les dispositions relatives à "l'administration des actifs" du failli, se trouve la partie III, qui s'intitule "Propositions concordataires" et qui prend fin avec l'article 46; le premier paragraphe de cet article affirme de façon rassurante que toutes les dispositions de la Loi sur la faillite s'appliquent mutatis mutandis aux propositions, à condition qu'elles satisfassent à la condition suivante: elles ne peuvent s'appliquer que "dans la mesure où elles sont applicables".

Cette condition est sans doute une source de confusion pour de nombreux syndics. Les faits suivants viennent ajouter à la confusion.

(1) Les dispositions de la Loi sur la faillite relatives aux "propositions concordataires", qui n'entrent pas dans le cadre de la partie III, sont dispersées à travers la loi et ne se présentent pas en ordre logique.

(2) Les modifications apportées à la Loi sur la faillite en 1966 ont amené des changements très importants à la partie III, relative aux "propositions concordataires", et ont donc modifié l'application de maintes autres dispositions de la Loi sur la faillite relatives à ce sujet.

(3) Bon nombre de jugements déjà prononcés par la Cour, en matière de "propositions concordataires", ont été rendus totalement ou partiellement caducs par les modifications de 1966 et ne peuvent plus servir de guide aux syndics ou aux conseils de la masse en ce qui concerne l'administration des propositions de concordat.

(4) On a rapporté très peu de jugements des tribunaux portant sur les dispositions relatives aux "propositions concordataires", modifiées en 1966.

Le présent document vise donc à donner une image complète de l'administration d'une proposition de concordat, selon la loi actuelle en matière de faillite, et en tenant compte de tous les jugements applicables à ce jour; il servira également, nous l'espérons, à dissiper une bonne partie de la confusion engendrée par les conditions de l'article 46(1), voulant que les dispositions de la Loi sur la faillite, à l'extérieur de la partie III, ne s'appliquent que "dans la mesure où elles sont applicables". Ce document se présente sous forme d'un exposé complet et détaillé de la méthode à suivre dans le cas d'une proposition de concordat, en commençant par la première démarche accomplie par le débiteur auprès du syndic, afin d'établir s'il y a possibilité de faire une proposition, et se terminant par la libération du syndic de ses obligations dans le cadre de la proposition. Les commentaires des tribunaux et des praticiens seront ajoutés au moment opportun. Dans la mesure du possible, nous ferons une mention expresse du caractère applicable ou non applicable des diverses dispositions de la Loi sur la faillite à l'extérieur de la partie III pour déterminer la portée de l'article 46(1).

CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES

Par "proposition de concordat" l'article 2 de la Loi sur la faillite entend une proposition en vue:

(1) d'un concordat;

(2) d'un atermoiement;

(3) d'un accommodement.

La forme adoptée par la proposition importe réellement peu, puisque toutes ses variantes sont assujetties aux mêmes régles. Une proposition de concordat faite en vertu de la Loi sur la faillite est fondamentalement un contrat liant un débiteur et ses créanciers.

---In Re: Lipson (1923) 3 C.B.R. 640, à la page 643;
---Hôtel du Lac St-Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la page 16.

Néanmoins, une proposition de concordat ne constitue pas un contrat ordinaire et, par conséquent, n'est pas assujettie aux nombreuses règles généralement applicables aux contracts ordinaires; en fait, la Loi sur la faillite assujettie les propositions de concordat à plusieurs règles qui diffèrent de celles des contrats ordinaires.

Pour bien comprendre la nature d'un contrat de proposition concordataire, il est nécessaire de consulter brièvement les lois provinciales en matière de contrats. En vertu du droit civil québécois et du Droit Commun en matière de contrats qui est en vigueur dans les provinces du Droit Commun, la proposition de condordat constitue un type de contrat extraordinaire.

Selon le droit civil du Québec, le contrat de proposition "fait par un débiteur insolvable avec une personne qui connaît cette insolvabilité est réputé fait avec l'intention de frauder" (Code civil du Québec, article 1035). Selon l'article 1239 du Code civil, cette présomption légale est péremptoire et écarte la nécessité de prouver la bonne foi des créanciers.

---Labbé c. Nolin et Duchesne (1972) C.S. 418, à la page 424.

En outre, elle renverse le principe général contenu à l'article 2202 du Code civil de la province de Québec, selon lequel toute personne est présumé de bonne foi jusqu'à preuve du contraire.

Néanmoins, le droit civil du Québec reconnaît la validité de ce type de contrat, puisque l'article 1033 du Code civil du Québec stipule qu'un tel contrat ne peut être annulé, à moins "qu'il n'ait l'effet de nuire au créancier"; une proposition de concordat qui traite tous les créanciers de la même manière ne nuit à aucun créancier mais, de fait, sert plutôt à prévenir les torts.

Selon le Droit Commun en vigueur dans les provinces du Droit Commun, un concordat avec les créanciers représente un contrat qui est normalement nul, puisqu'il ne possède pas ce que le Droit Commun qualifie de "contre-partie suffisante de la part de celui qui fait la promesse", soit une chose échangée par le débiteur contre la promesse, de la part des créanciers, de renoncer à certains de leurs droits, et d'une valeur suffisante pour constituer un échange ou un compromis juste entre les parties. Fondamentalement, la contre-partie offerte par le débiteur à chacun de ses créanciers consiste à leur payer moins que ce qu'il ne s'était originellement engagé à leur payer en vertu du contrat. Le Droit Commun ne jugeait pas, et continue à ne pas juger, que cette contre-partie est suffisante pour servir de fondement à un contrat valide.

---Arrêt Pinnel (1602) 56 Co. Rep. 117a, 77 E.R. 237;
---Cumber c. Wane (1721) 1 Stra. 426; 93 E.R. 613;
---Foakes c. Beer (1884) 9 A.C. 622;
---D & C Builders Ltd. c. Rees (1965) 2 B.R. 617.

Néanmoins, ce contrat est jugé valide grâce à une exception au principe (celui de l'arrêt Pinnel) qui affirme que ce type de contrat devrait être rendu valide pour lier tous les créanciers et les empêcher de se retrancher derrière l'accord de concordat ou d'aller au-delà de cet accord, au préjudice des autres créanciers ou du débiteur lui-même, ce qui constituerait une fraude de toutes les parties concernées ou, en termes plus contemporains, accorderait à certains créanciers un traitement privilégié par rapport aux autres.

---Wood c. Roberts (1818) 1 Starkie 417; 171 E.R. 691;
---Cook c. Lister (1863) 13 C.B. (n.s.) 453; 143 E.R. 215;
---Couldery c. Bartrum (1881-82) 19 ch. 394;
---Hirachand Punamchand c. Temple (1911) 2 B.R. 330;
---Anson's Law of Contract, 23ième édition A.G. Guest, éditeur, Oxford, 1969, pp. 111-112;
---Cheshire et Fifoot, The Law of Contract, 8e édition, Londres, 1972, pp. 91-92.

En dehors de la Loi sur la faillite, le Droit Commun reconnaît donc, à titre exceptionnel, les concordats avec les créanciers comme une forme de contrat valide liant le débiteur et ses créanciers, destiné à empêcher les fraudes entre le débiteur et un ou plusieurs de ses créanciers.

A partir de ce qui précède on constate facilement que les propositions de concordat ne constituent pas un contrat ordinaire, ne sont pas nécessairement assujetties aux règles normales d'un contrat et qu'en droit civil québécois comme dans le Droit Commun, l'idée d'une forme quelconque de contrôle juridique visant à prévenir les torts pouvant être causés à un ou plusieurs créanciers influe sur ce type de contrat.

La Loi sur la faillite réunit des éléments préventifs des deux types de droit, bien que le Droit Commun y exerce une influence prédominante puisque la loi actuelle, de même que la loi précédente (Loi sur la faillite, adoptée en 1919) ont été établies sur le modèle de la Bankruptcy Act d'Angleterre (1914) qui, bien entendu, avait été elle-même rédigée par des spécialistes qui s'appuyaient sur le Droit Commun.

---Duncan et Honsberger, Bankruptcy in Canada, 3ième édition, Toronto, 1961, p. 17;
---Rapport du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité - Canada 1970 - Paragraphe 0.0.14, p. xiii.

Plusieurs caractéristiques importantes de la Loi sur la faillite, en matière de propositions de concordat, ont été tirées du Droit Commun.

L'une d'entre elles est la notion du contrôle des propositions concordataires par les tribunaux, qui consiste à soumettre ces propositions à l'approbation du tribunal en vertu des dispositions de l'article 41, et à faire intervenir un syndic autorisé, qui joue le rôle d'officier de justice, entre le débiteur et ses créanciers.

---In re: Lemieux (1920) 1 C.B.R. 464, à la p. 467;
---In re: Bryant, Isard and Co: Ex parte Higginson (1923) 4 C.B.R. 41, aux pp. 52 et 53;

---Re: Van Damme (1924) 5 C.B.R. 225, à la p. 230;
---In re: Perusse (1925) 7 C.B.R. 166, à la p. 171;
---In re: Goldberg (1927) 8 C.B.R. 463, à la p. 464;
---Hôtel du Lac St-Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la p. 15;
---In re: Hyatt et Hart (1932) 13 C.B.R. 263;
---In re: Mindens Limited (1933) 14 C.B.R. n.s. 145, à la p. 146;
---In re: H. Packer and Son Limited (1936) 16 C.B.R. 207, à la p. 208;
---In re: Barnard (1939) 20 C.B.R. 337, à la p. 338;
---In re: Deslauriers (1949) 30 C.B.R. 77, à la p. 83;
---Dufour c. Dufour (1955) R.L. 35, à la p. 38;
---In re: Ashcroft Steel Co. Ltd (1962) 5 C.B.R. n.s. 239, à la p. 252;
---In re: Roy (1963) 4 C.B.R. n.s. 275, à la p. 279;
---Re: Eric Peterson Construction Limited (1966) 9 C.B.R. n.s. 158, à la p. 162;
---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 C.B.R. n.s. 120.

Une autre caractéristique semblable, apportée par les modifications de 1966, est la faillite automatique, avec effet rétroactif à la date du dépôt de la proposition, dans le cas de son rejet, soit par les créanciers (en vertu de l'article 39(1)), soit par le tribunal (en vertu de l'article 41(10)). Cette modification visait à éliminer les abus perpétrés par des débiteurs malhonnêtes dont le seul but, en formulant une proposition de concordat, était de faire piétiner les créanciers, dans une tentative de retarder une faillite inévitable et d'annuler les droits de leurs créanciers à récupérer des privilèges frauduleux. Avant 1966, il n'existait aucune disposition en matière de rétroactivité de sorte que lorsqu'une proposition était rejetée, soit par les créanciers, soit par le tribunal, rien ne se produisait, ce qui obligeait les créanciers à présenter une requête pour que le débiteur soit déclaré failli afin d'assurer leur propre protection, s'ils n'avaient pas été assez vigilants pour le faire au préalable. A cause de ce délai, les créanciers perdaient la possibilité de récupérer les privilèges frauduleux accordés par le débiteur dans les trois mois précédant sa faillite, qui ne dataient que du dépôt de la requête, selon ce qui constitue

maintenant l'article 50(4). Le retard avait fait avancer, plutôt que reculer, la période de trois mois stipulée à l'article 73(1). Les modifications de 1966 ont désormais comblé cette lacune.

Une autre caractéristique importante apparaît à l'article 42(2), qui stipule:

> "42(2): Une proposition acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal lie tous les créanciers qui ont des réclamations prouvables en vertu de la présente loi et qui sont visés par les termes de la proposition..."

En règle générale, un contrat n'a pas pour effet de lier les personnes qui n'y consentent pas; dans ce cas, cependant, le vote de la majorité lie la minorité des créanciers qui s'y opposent.

Une autre caractéristique importante est la suppression des poursuites contre le débiteur et ses biens, en vertu de l'article 49(1), ce qui prive les créanciers de certains moyens de recours contre la débiteur qui pourraient faire de la faillite "une course à gagner par le plus rapide", et empêche du même coup que l'ensemble des créanciers ne soient défavorisés collectivement par des saisies des biens du débiteur, par un ou plusieurs de ses créanciers.

Afin de satisfaire à tous les objectifs qui précèdent et d'assurer à tous les créanciers un traitement juste et équitable lors de toutes les propositions de concordat (article 112 applicable en vertu de l'article 46(1)), la partie III de la Loi sur la faillite contient des dispositions pour assurer que tous les créanciers soient parfaitement au courant de l'état des affaires du débiteur et puissent exprimer leur assentiment ou leur désaccord des termes de sa proposition de concordat. Destinées à prévenir la fraude, ces dispositions doivent être suivies à la lettre; la loi ne tolère aucune proposition de concordat qui n'est pas faite dans la cadre de la procédure de la Loi sur la faillite, ou qui ne favorise que certains des créanciers au détriment de tous les autres:

---In re: Lavine (1924) 4 C.B.R. 664;

---In re: Dale et Carroll (1924) 5 C.B.R. 139;

---In re: Davis (1924) 5 C.B.R. 182.

DIFFERENCES ENTRE LA FAILLITE ET LA PROPOSITION CONCORDATAIRE QUANT AUX FONCTIONS DU SYNDIC

Dans le cas d'une faillite, le failli perd toute capacité de disposer de ses biens ou de faire des transactions à leur sujet; cette faculté est transférée et attribuée au syndic (article 50(5)), qui est donc obligé de prendre possession aussitôt que possible des livres, des dossiers et des biens du failli (article 12(2)(3)(4)(5)(6)). Le syndic doit alors procéder à la liquidation des biens du failli (article 14(1)(a)), et répartir le produit de cette liquidation entre les créanciers en conformité avec les dispositions pertinentes de la Loi sur la faillite. La faillite comporte essentiellement la soumission des biens du débiteur au contrôle du tribunal par l'entremise du syndic. Celui-ci doit s'occuper du recouvrement des biens du failli et des questions relatives au titre du failli sur les biens qu'il avait en sa possession et dont le titre est transféré au syndic, sans que celui-ci n'ait plus ni moins de droits sur la dite propriété que n'en avait le failli.

Dans le cas d'une "proposition concordataire", la situation est totalement différente. Si une proposition de concordat faite par un débiteur insolvable (c'est-à-dire qui n'est pas failli) est acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal et si le débiteur se conforme par la suite à toutes les conditions de la proposition, le débiteur ne perd jamais sa capacité juridique de faire des transactions relatives à ses biens, et le titre sur ses biens n'est pas transféré au syndic. Si un failli fait une proposition de concordat (article 32(1)(b)), si les créanciers l'acceptent et le tribunal l'approuve, la faillite est annulée et tous les droits, les titres et les parts du débiteur qui avaient d'abord été transférés au syndic à la date de la faillite sont réattribués au débiteur (article 41(9)).

Le syndic n'a pas à s'occuper du titre sur les biens et, d'une façon générale, il ne s'occupe pas d'en prendre possession:

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 C.B.R. 392, à la p. 393;

---Dinovitzer c. Weiss (1957) 37 C.B.R. 160;

---In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Company Ltd. (1960) 1 C.B.R. n.s. 16, à la page 21;

---Darabaner c. Banque Impériale du Canada et Lefaivre (1960) 2 C.B.R. n.s. 88, aux pp. 91, 95, 98, 101, confirmant (1960) C.S. 411;

---In re W. Hanna & Company Limited (1961) 2 C.B.R. n.s. 40, à la p. 42;

---In re Allflex Company Limited (1961) 3 C.B.R. n.s. 80, à la p. 83;

---In re Roy (1963) 4 C.B.R. n.s. 275, à la p. 284;

---Re Kenmore Building Materials Ltd: Attorney General of Canada c. Gordon (1966) 9 C.B.R. n.s. 41, aux pp. 47, 50, confirmant (1965) 7 C.B.R. n.s. 310;

---Re Coupal et Frères Ltée (1967) 12 C.B.R. n.s. 29, à la p. 32;

---Re Charisma Fashions Limited (n^0 1) (1971) 15 C.B.R. n.s. 47, à la p. 50.

Par conséquent, dans le cas d'une proposition de concordat acceptée, les seules fonctions du syndic consistent à recevoir du débiteur les sommes à distribuer sous forme de dividende aux créanciers (article 41(5)):

--- Fortier c. Lefaivre (1955) B.R. 258, à la p. 259;

--- In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Company Ltd (1960) 1 C.B.R. n.s. 16, à la p. 22;

--- In re W. Hanna & Company Limited (1961) 2 C.B.R. n.s. 40, à la p. 42.

On a déjà dit que, d'ordinaire, le syndic ne prend pas possession des biens du débiteur. Il existe deux exceptions à cette règle, soit le cas où le syndic est nommé séquestre intérimaire par la proposition de concordat (article 29) et le cas où la proposition renferme des conditions relatives à la surveillance des affaires du débiteur (article 37). Toutefois, dans le cas de la proposition de concordat, cette prise de possession ne transfère pas le titre juridique de propriété des biens du débiteur au syndic; dans ces cas, le syndic ne fait qu'administrer des biens dont le titre appartient au débiteur.

Cette différence fondamentale entre une faillite et une proposition de concordat explique la réserve énoncée à l'article 46(1) voulant que les dispositions de la Loi sur la faillite s'appliquent aux propositions "dans la mesure où elles sont applicables". En fait, cette réserve signifie que, à la lumière de ce qui précède, si des dispositions de la Loi sur la faillite, sauf celles qui sont contenues dans la Partie III, se rapportent à la possession par le syndic des biens du débiteur ou au titre sur ceux-ci, elles ne sont pas conformes à la position du débiteur en vertu de la proposition de concordat qui lui permet de continuer à posséder et à administrer tranquillement ses biens. Les autres dispositions de la Loi sur la faillite qui n'influencent ni la possession ni le titre, mais qui sont simplement de nature administrative, s'appliquent en tout ou en partie. La présente étude explique comment ces dispositions s'appliquent en se fondant sur l'article 46(1) et sur cette différence fondamentale entre une faillite et une proposition de concordat.

A la lumière de ce qui précède, une autre différence, de nature plus concrète, entre une faillite et une proposition de concordat devrait être évidente. Dans le cas d'une faillite, les premières démarches du syndic se rapportent à la prise de possession des biens du débiteur et les démarches relatives à la liquidation de ces biens leur sont subséquentes. Sauf pour consentir à sa nomination comme syndic dans un projet de proposition ou un projet de requête d'ordonnance de séquestre, le syndic n'intervient pas avant d'être désigné comme syndic de la cession par le séquestre officiel (article 31(4)) ou avant d'être désigné comme séquestre intérimaire par le tribunal qui entend la requête d'ordonnance de séquestre (article 28) ou par l'ordonnance de séquestre elle-même (article 25(9)). Son intervention porte sur les transactions relatives aux biens du débiteur. Toutefois, dans le cas d'une proposition

de concordat, le syndic intervient d'abord en conseillant le débiteur sur le caractère shouhaitable d'une proposition. De plus, comme il n'a pas à s'occuper du titre sur les biens du débiteur, ni de leur possession (à moins que, conformément à l'article 29, la proposition de concordat ne le désigne comme séquestre intérimaire), son intervention se limitera uniquement aux démarches à suivre, du moins tant que n'aura pas lieu la première assemblée des créanciers convoquée pour étudier la propostion de concordat. Si ces derniers acceptent la proposition, ses fonctions relatives à la demande d'approbation par le tribunal et au rapport à lui présenter (article 40) se limitent encore une fois à la procédure. Si la proposition est acceptée par le tribunal (article 41(8)), ses fonctions se résument à celles d'intermédiaire pour le transfert des fonds entre le débiteur et les créanciers (article 41(5)). Ainsi, dans le cas d'une proposition de concordat, la plupart des fonctions du syndic ont lieu avant que le débiteur ne se présente devant le tribunal, alors que, dans le cas d'une faillite, la plupart de ses fonctions ont lieu après que le débiteur s'est présenté devant le tribunal. Le syndic d'une proposition n'assume les fonctions d'un syndic de faillite que si la proposition est rejetée par les créanciers (article 39(1)) ou n'est approuvée par le tribunal (article 41(10)), ou annulée par le tribunal parce que le débiteur n'a pas rempli ses engagements (article 43(1)) et que la désignation initiale du syndic dans la proposition (article 32(2)(a) et Formule 34 par. 5) est confirmée par les créanciers à leur première assemblée après qu'ils ont refusé la proposition de concordat (article 39(1)) ou que le tribunal a refusé d'approuver (article 41(10)) ou a annulé (article 43(5)) la proposition.

PREMIERE RENCONTRE DU DEBITEUR AVEC LE SYNDIC

Deux problèmes importants doivent être réglés à l'occasion de la première rencontre du débiteur avec le syndic:

(1) est-il possible et souhaitable que le débiteur fasse une proposition de concordat?

(2) quelles dispositions faut-il prendre pour les honoraires du syndic?

Pour ce qui est du premier problème, soit de savoir s'il est possible et souhaitable de faire une proposition, il est presque impossible de tracer des lignes de conduite précises pour le syndic, vu que la réussite ou l'échec de la proposition dépendra des circonstances particulières à chaque cas.

Ce qu'il peut faire de mieux, c'est de se fier à son jugement et à son expérience des affaires. Toutefois, même là, il doit se rappeler certaines choses.

Même si d'une part, du point de vue juridique, une proposition de concordat peut sembler une solution simple aux problèmes financiers du débiteur, d'autre part, elle constitue une reconnaissance publique d'insolvabilité, de sorte que le "remède" apparent peut être plus nocif que la "maladie" en amenant les fournisseurs d'un débiteur commercial à limiter la durée des facilités de crédit qu'ils sont prêts à consentir et en rapprochant les échéances des obligations garanties:

--- J.L. Biddell, Conférence au groupe admis au Barreau par la Law Society of Upper Canada dont le titre est: "Proposals under Part III of the Bankruptcy Act" (Propositions en vertu de la partie III de la Loi sur la faillite), novembre 1970.

La deuxième question, qui se rapporte à la rétroactivité automatique de la faillite à la date à laquelle a été déposée la proposition rejetée par les créanciers ou le tribunal, comporte des conséquences graves pour le syndic pour autant que ses honoraires sont concernés. Conformément aux dispositions des articles 39(1) et 41(10), "... une fois produite, la proposition a l'effet de la faillite..." et le fait de savoir qu'un débiteur a fait une proposition équivaut maintenant à "... être au courant de la possibilité que l'insolvable peut subséquemment être réputé en faillite à compter du jour où il a produit sa proposition":

--- Re Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Limited c. Charisma Fashions Limited (1972) 27 D.L.R. (3d) 392, à la p. 395 qui infirme (1971) 15 C.B.R. n.s. 53.

Le syndic est sans doute bien intentionné et bien au courant de sa responsabilité de voir à ce que les conditions de la proposition "... sont destinées à avantager l'ensemble des créanciers..." (article 41(2)), dans l'espoir de gagner l'acceptation des créanciers et de satisfaire à cette condition essentielle pour obtenir l'approbation du tribunal. Cependant, la décision d'accepter la proposition doit être approuvée par la majorité qualifiée requise pour l'adoption d'une résolution spéciale (article 36(1) et la définition de la "résolution spéciale" à l'article 2), et, en fin de compte, le sort de la proposition dépend du tribunal (article 41(8)). Comme on le verra plus loin, le seul fait que les créanciers aient accepté

la proposition par la majorité qualifiée requise pour l'adoption d'une résolution spéciale ne garantit pas, en soi, que le tribunal approuvera la proposition (article 41(1)(2)(3)(4)). En cas de rejet de la proposition par les créanciers ou par le tribunal, le débiteur est réputé avoir fait une cession le jour où il a déposé la proposition (articles 39(1) et 41(10) respectivement). En vertu des articles 39(2) et 41(11), le certificat de cession émis par le séquestre officiel à la suite du rapport du syndic relatif au rejet de la proposition "a le même effet... qu'une cession déposée en conformité de l'article 31" et l'article 31(1) déclare que la cession est faite pour "le bénéfice de ses (c.-à-d. du débiteur) créanciers en général". En conséquence, le débiteur est réputé avoir été en faillite à compter du jour où il a déposé la proposition (qui est devenue cession), et le syndic de la proposition est réputé avoir administré une faillite depuis ce jour:

--- Re Mastrogiovanni (1971) 15 C.B.R. n.s. 261.

L'article 10(6) de la Loi sur la faillite stipule que:

> "Aucun syndic n'est tenu d'assumer les fonctions de syndic relativement à des cessions, à des ordonnances de séquestre ou des propositions; mais du moment qu'il a accepté sa nomination à ce titre, il doit accomplir les devoirs que la présente loi impose à un syndic, jusqu'à ce qu'il ait été libéré ou qu'un autre syndic ait été nommé à sa place".

En vertu de la Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28,

> "doit" ou "devra", devant un infinitif, exprime une obligation.

Même si le syndic a d'abord l'intention d'agir lors d'une proposition, les obligations de sa charge peuvent éventuellement devenir, non pas les obligations restreintes d'un intermédiaire, comme c'est le cas pour une proposition, mais les obligations complètes d'un syndic de faillite. Le syndic perspicace se rendra donc compte que, vu les dispositions de l'article 10(6), il peut se trouver dans l'obligation de supporter les frais d'une faillite dont l'actif est limité ou nul. Les tribunaux ont expressément refusé de reconnaître cette raison comme fondamentalement valable du refus d'un syndic de continuer à s'occuper d'une faillite:

--- In Re Auto Experts Ltd: Ex parte Tanner (1921) 1 C.B.R. 418, confirmé par (1921) 3 C.B.R. 591;

--- In re Gulf Sawmills Ltd. (1922) 3 C.B.R. 384.

--- In Re Hoyt (1933) 14 C.B.R. 486, à la p. 489.

Les recueils de jurisprudence contiennent deux causes dans lesquelles le syndic a été changé, apparemment à sa propre demande:

--- In Re Warren (1921) 71 C.B.R. 550;

--- In Re Maritime Education Co. Ltd. (1928) 10 C.B.R. 278.

Toutefois, ces arrêts ont été rendus avant l'adoption de l'article 10(6) dans sa teneur actuelle; ils ne peuvent donc pas être suivis.

Il est vrai que l'article 10(6) maintient le syndic en fonction jusqu'à ce "qu'un autre syndic ait été nommé à sa place" et que les articles 39(1) et 41(10) autorisent les créanciers à subtituer un nouveau syndic au syndic de la proposition par une résolution ordinaire plutôt que par la résolution spéciale requise de façon générale par l'article 10(1).

Houlden et Morawetz, Bankruptcy Law of Canada, 3rd Cumulative Supplement, 1969, p. 28 expriment l'avis que:

> "Si la loi permet de changer le syndic par voie de résolution ordinaire plutôt que par résolution spéciale, c'est dans le but de tenir compte du cas où un débiteur ferait une proposition légère par l'entremise d'un syndic et que celui-ci deviendrait le syndic de la faillite qu'on ne pourrait changer que par résolution spéciale, si ce n'était de l'article 32B (l'article 39 actuel)".

Cependant, du fait qu'on peut se servir de la majorité absolue pour confirmer la nomination du syndic de la proposition comme syndic d'une faillite qui comporte une cession présumée, on peut dire que cela joue dans l'autre sens également, c'est-à-dire qu'il est plus facile pour les créanciers de relever un syndic de ses fonctions ou bien de le maintenir en fonction s'ils le désirent. Il semblerait que, en incorporant les articles 39(1) et 41(10) dans la loi, les modifications adoptées en 1966 visaient aussi cet objectif.

De fait, dans une faillite où l'actif est limité ou inexistant, il existe un bon nombre de raisons pressantes pour lesquelles les créanciers éprouveraient des difficultés concrètes à changer le syndic de la proposition pour lui substituer un autre syndic à la première assemblée convoquée à la suite de la cession présumée. Dans l'affaire In re Bryant Isard and Co: Ex parte Higginson (1923) 4 C.B.R. 41, à la p. 53, la Cour suprême de l'Ontario jugeant en matière de faillite, même si elle possédait des témoignages de mauvaise conduite suffisants pour relever un syndic de ses fonctions, a conclu que:

> "ce ne serait pas pratique de le faire, vu que:
>
> (1) cela ajouterait aux frais considérables déjà engagés pour cette affaire, et
> (2) le syndic est bien au courant de l'affaire et il est mieux placé que ne le serait un nouveau syndic pour assister les procureurs de la Couronne dans les poursuites criminelles qui sont en cours et les poursuites civiles qui sont en instance".

D'autant plus que les créanciers pourraient éprouver des difficultés à trouver un autre syndic qui serait prêt à se charger d'une faillite faisant suite à une proposition de concordat rejetée, si l'actif ne permet même pas de payer les honoraires du syndic, alors que les créanciers ont déjà un syndic qui, en vertu des arrêts Auto Experts, Gulf Sawmills et Hoyt cités plus haut, ne peut pas refuser, pour de telles raisons, de continuer à s'occuper de l'affaire.

Il s'agit donc d'une question très grave que le syndic doit examiner sérieusement avant de décider s'il accepte ou non le mandat qu'on veut lui confier dans une proposition de concordat.

Le syndic pourrait bien suggérer au débiteur d'obtenir un ou plusieurs garants de sa proposition, du moins pour couvrir les honoraires du syndic dans l'éventualité d'une faillite par cession présumée. Toutefois, les garants bien avisés seraient bien au courant de la possibilité que la proposition soit transformée en une faillite rétroactive:

--- Re Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Limited c. Charisma Fashions Limited (1972) 27 D.L.R. (3ième) 392, à la p. 395 qui infirme (1971) 15 C.B.R. n.s. 53.

Les fonds avancés par un garant pour acquitter les honoraires du syndic constituent un prêt du garant au débiteur et font partie de la masse de la faillite; le garant devient ainsi un créancier chirographaire de la faillite lorsque vient le moment de recouvrer son argent:

--- Re Slomen (1972) 16 C.B.R. n.s. 268.

Dans son jugement, le registraire Poultney déclare:

> "C'est une pratique courante chez les syndics d'obtenir les fonds nécessaires pour couvrir leurs honoraires et les frais prévus lorsque l'insolvable ne possède pas d'actif réalisable, un actif de valeur restreinte ou inexistante, ou un actif sur lequel le droit de l'insolvable est restreint ou inexistant. Cette pratique est prudente, car le syndic, une fois qu'il est nommé comme syndic de la masse du failli, doit faire certains déboursés et accomplir certaines tâches administratives en conformité avec la Loi sur la faillite et d'autres lois, par exemple la Loi de l'impôt sur le revenu S.R.C. 1970, chap. I-5. D'une façon générale, le syndic proposé demande donc à la personne insolvable d'obtenir un montant d'argent déterminé avant d'entreprendre quoi que ce soit d'important."
>
> "La personne insolvable, si elle le veut et le peut, obtient alors les sommes nécessaires de la part du conjoint, d'un ami ou d'un employeur ou elle peut encore obtenir un engagement garanti de la part d'une association qui prête son secours à ses membres qui éprouvent des difficultés financières. Lorsque le syndic obtient, d'une personne autre que la personne insolvable, les sommes requises pour couvrir ses

> honoraires et ses frais, la pratique courante a toujours comporté la remise totale ou partielle de cette somme au tiers si l'on réalisait subséquemment des fonds suffisants à partir des biens du failli dans l'administration de la faillite. C'est cette pratique que je ne puis approuver parce que, jusqu'à preuve du contraire, le montant reçu par le syndic n'est pas autre chose qu'un prêt consenti par le tiers au failli en vertu duquel le tiers a le droit d'enregistrer une réclamation contre la masse de la faillite. Ces sommes font partie de la masse à distribuer aux créanciers s'il reste quelque chose une fois qu'on a remis au syndic le montant de ses honoraires et de ses frais".

Dans leurs commentaires sur cette affaire, les auteurs des Canadian Bankruptcy Reports donnent les conseils suivants aux bienfaiteurs éventuels d'un failli pour éviter que leur générosité ne les fasse souffrir, tout en assurant que les honoraires du syndic soient payés de façon à ce que celui-ci puisse assumer l'administration de l'affaire et que le débiteur qui ne dispose pas des sommes requises pour acquitter les honoraires du syndic ne soit pas pour autant privé du secours mis à sa disposition par la Loi sur la faillite. A 16 C.B.R. n.s. 270, le commentateur fait les remarques suivantes:

> "Il semblerait bien que, s'il devient nécessaire de faire garantir par un tiers les honoraires et les frais du syndic, la somme ne devrait pas être remise à celui-ci. Le tiers serait sage de remettre une caution par laquelle il s'engage à acquitter les honoraires et les frais du syndic jusqu'à concurrence d'un certain montant, si le syndic est incapable de les recouvrer sur la masse de la faillite. Ou encore le tiers pourrait déposer en gage auprès de son propre avocat le montant requis pour la caution des honoraires et des frais du syndic, et donner des instructions pour que la somme soit remise en tout ou en partie au syndic si la masse de la faillite ne suffit pas pour acquitter les honoraires et les frais du syndic".

Les syndics souhaiteront peut-être proposer cet arrangement à titre de compromis entre l'intérêt du syndic qui désire être payé convevablement et l'intérêt du garant qui désire récupérer tout ce qu'il peut des sommes qu'il avance.

IMPARTIALITE DU SYNDIC

Après que le syndic a réglé à sa satisfaction ces deux questions, s'il décide d'accepter le mandat d'agir lors de la proposition, il lui reste un autre point important à considérer, en vertu des modifications de 1966 portant sur la faillite automatiquement rétroactive à la date de dépôt de la proposition. Il s'agit de son impartialité lors de la présentation de la proposition au cours de la première assemblée des créanciers convoquée pour décider de l'acceptation ou du rejet de la pronosition, et en cas d'acceptation, lors de la présentation de la proposition au tribunal en vue de l'approbation de la proposition.

Murray M. Hahn, déclare dans The Role of the Professional Accountant in a Proposal (1962) 3 C.B.R. n.s. 219, à la p. 220:

> "... le syndic agira comme coordonnateur général et l'expert-conseil dans tout aspect. La tâche onéreuse de faire accepter la proposition, lors de la première assemblée des créanciers, reviendra au solliciteur de la compagnie ...
>
> Le syndic doit non seulement conseiller le débiteur, mais aussi, vu sa position de confiance ildoit fournir aux créanciers toute la protection voulue. Le syndic doit absolument demeurer impartial durant toute la procédure".

Dans une conférence à la classe d'entrée au Barreau de la Law Society of Upper Canada, intitulée Proposals Under Part III of the Bankruptcy Act, M. J.L. Biddell déclare ce qui suit:

> "Le syndic peut et doit travailler à la fois pour le débiteur et les créanciers. Pour ce faire, il doit cependant conserver son indépendance."

La Cour supérieure du Québec, siégeant en matière de faillite, dans une affaire impliquant une proposition, a jugé que le syndic "... est un agent du tribunal et il doit représenter impartialement les créanciers, du moins dans la mesure où il protège ou conseille impartialement le débiteur ....". (Les mots ont été soulignés par l'auteur)

---dans l'affaire Roy (1963) 4 C.B.R. n.s. 275, à la p. 279.

Il est vrai que, si la proposition est acceptée, le débiteur a l'avantage d'éviter la faillite et de poursuivre ses affaires, et, d'autre part, que la proposition de concordat est plus avantageuse que la faillite pour les créanciers qui peuvent en outre assurer financièrement la survie d'une bonne source d'affaires. Vu qu'une proposition constitue un contrat, il est également vrai que les intérêts des deux parties doivent être bien équilibrés. Cependant, l'article 41(2) de la Loi sur la faillite stipule expressément que, pour être approuvées par le tribunal, les conditions d'une proposition doivent être "... destinées à avantager l'ensemble des créanciers ..." C'est sans doute ce qui explique la suggestion du tribunal dans l'arrêt Roy cité, à savoir que les créanciers pourraient en quelque sorte avoir droit à une plus grande protection que le débiteur. Le certificat de cession délivré par le séquestre officiel, en vertu des articles 39(2) et 41(11), a le même effet qu'une cession déposée en conformité de l'article 31, cession qui est "... au bénéfice de ses créanciers (c.-à-d. ceux du débiteur) en général". A la lumière de la faillite rétroactive avec cession présumée, ces deux dispositions signifient certainement que toute intervention du syndic, dans le cadre de la proposition, doit viser d'abord à avantager les créanciers, puisque la charge du syndic est généralement établie pour favoriser les créanciers, et les avantages dont bénéficiera le débiteur à la suite de l'acceptation de sa proposition par les créanciers et de l'approbation du tribunal, ne viendront réellement qu'en deuxième lieu, du moins en ce qui concerne le syndic. Signalons que les modifications de 1966 ont quelque peu modifié le degré d'impartialité du syndic en ce qui concerne la proposition, à savoir, en cas de litige entre le débiteur et les créanciers, le syndic devra soutenir les intérêts des créanciers et non ceux du débiteur.

ASPECTS FINANCIERS DE LA PROPOSITION

Dans une conférence à la classe d'entrée au Barreau de la Law Society of Upper Canada, intitulée Proposals under Part III of the Bankruptcy Act, en novembre 1970, M. J.L. Biddell proposait qu'on prenne les mesures suivantes pour élaborer une proposition sensée:

(1) "établir (rapidement) la situation financière du débiteur;
(2) décider si l'entreprise peut être sauvée: le débiteur peut-il faire une proposition que les créanciers pourront raisonnablement accepter et, vu sa situation personnelle, devrait-il tenter de poursuivre ses affaires;
(3) faire une évalution des valeurs à liquider;
(4) prévoir les résultats d'exploitation;
(5) prévoir le besoin d'espèces; en pratique, ces évalutions et ces prévisions permettront de déterminer si une proposition est possible et quelles devraient en être les conditions."

Dans la même conférence, M. Biddell énumère les conditions de base d'une proposition, à savoir:

(1) "une proposition doit offrir plus aux créanciers que ne le ferait une faillite;
(2) elle doit avoir de fortes chances d'être entièrement réalisée;
(3) si le plan ne prévoit pas un changement de propriétaire, soit que les créanciers exigent un règlement immédiat en espèces, qui rapporte généralement beaucoup plus qu'une faillite, soit qu'ils accordent une prorogation du délai de paiement, sans aucune diminution de leurs créances;
(4) si le plan comporte un changement de propriétaire, les créanciers peuvent accepter un réglement en quelque sorte moins avantageux et, à la rigueur, ils peuvent accepter moins de 100 cents au dollar, dans le cadre d'un plan de paiement différé."

Murray M. Hahn, c.a., dans The Role of the Professional Accountant in a Proposal (1962) 3 C.B.R. n.s. 219, à la p. 220, déclare que:

> "... le comptable ou le vérificateur de la société devra fournir les renseignements permettant de délimiter la proposition, ses possibilités de réalisation, et la valeur des affaires courantes de l'entreprise pour la personne ou la société faisant la proposition ... une entreprise qui ne réalisera vraisemblablement pas de profit à l'avenir n'est pas matière à proposition. Il est aussi extrêmement important de déterminer les causes réelles de l'insolvabilité et spécialement, d'établir si la direction est en mesure de surmonter ces causes par une réorganisation interne ..."

Le comptable (ou le vérificateur) de la société doit donc reconnaître le fait qu'il y a deux valeurs à considérer: celle de l'entreprise en tant que société en faillite et société en exploitation...

Outre l'état des affaires, afin de déterminer la valeur de l'entreprise en fonctionnement, il faut préparer un budget et un état de liquidités mobiles des affaires prévues. Ces budgets et ces états constituent les documents les plus importants à considérer en vue de l'élaboration d'une proposition convenable.

L'étape suivante consiste à évaluer l'affaire dans l'intérêt du débiteur. La meilleure façon de le faire est peut-être de supposer que l'entreprise sera achetée comme si la transaction se faisait sur une base strictement commerciale. Vous devez donc estimer l'achalandage de l'entreprise, de même que la valeur de l'actif. Considérant qu'il s'agit d'une affaire en exploitation, l'actif doit être évalué au coût de remplacement, plus l'amortissement normal calculé en tenant compte des frais anticipés de réparation, d'entretien et d'obsolescence. Cette valeur établie, vous avez fixé le maximum qu'on peut se permettre de payer pour l'entreprise en question. Tout montant plus élevé est sus-évalué. De toute façon, ce prix doit dépasser nettement la valeur attribuée à l'actif en cas de liquidation...

Il y a maintenant lieu de considérer la poursuite des affaires après la réorganisation projetée. Vous-même et votre client devez être en mesure de vous assurer que le débiteur pourra poursuivre ses opérations et, ce faisant, qu'il disposera d'une aide future. En d'autres termes, celui-ci devra s'assurer de la collaboration

active et du soutien continu des créanciers dont la majorité accepteront la proposition, autrement il devra trouver d'autres sources de financement à des conditions raisonnables. A cet égard, les créanciers ont également une responsabilité vis-à-vis du débiteur et ils doivent aider à la régénérescence future de ce dernier.

La collaboration des créanciers ne peut pas être considérée comme chose établie, puisque bien souvent, leur intérêt pour le débiteur diminue provisoirement au moment où celui-ci a le plus besoin de leur assistance. Le débiteur peut ainsi se trouver défavorisé.

Il est de la plus haute importance que le syndic explique ensuite clairement au débiteur les effets qu'aura la proposition sur le fonctionnement futur de son entreprise. Son crédit pourra être bloqué durant une courte période. Sa banque hésitera à l'aider. S'il est impossible de conclure des accords financiers permettant de surmonter les difficultés provisoires, il serait préférable de ne pas déposer de proposition ...

CONSIDERATIONS PORTANT SUR CERTAINS TYPES DE CREANCES

Certains types de créances restent exigibles en entier, que la proposition soit acceptée ou rejetée par les créanciers ou par le tribunal.

L'art. 42(2) dispose de ces créances lors de propositions dans les termes suivants:

> "42(2) Une proposition acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal lie tous les créanciers qui ont des réclamations prouvables en vertu de la présente loi et qui sont visés par les termes de la proposition, mais ne libère pas le débiteur des dettes et engagements mentionnés à l'article 148, à moins que le créancier n'y consente.

Ces dettes sont les suivantes:

art. 148 1)(a) toute amende ou peine imposée par un tribunal, ou toute dette provenant d'un engagement ou d'un cautionnement en matière pénale;

art. 148(1)(b) toute dette ou obligation pour pension alimentaire;

art. 148(1)(c) toute dette ou obligation selon une ordonnance de pension alimentaire ou une ordonnance d'attribution de paternité ou selon une convention pour l'entretien et le soutien d'un conjoint ou d'un enfant, vivant séparé du failli;

art. 148(1)(d) toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors qu'il agissait à titre fiduciaire;

art. 148(1)(e) toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens par des fausses allégations ou des présentations erronées et frauduleuses des faits;

art. 148(1)(f) de l'obligation visant le dividende qu'un créancier aurait eu le droit de recevoir sur toute réclamation prouvable non révélée au syndic, à moins que ce créancier n'ait été averti ou n'ait eu connaissance de la faillite et n'ait omis de prendre les mesures raisonnables pour prouver sa réclamation;

art. 148(1)(g) toute dette ou obligation pour des marchandises fournies comme nécessités de la vie.

L'effet de l'art. 42(2) est que tout créancier qui a l'une des créances mentionnées ci-dessus et qui, soit s'abstient de voter au sujet de la proposition, soit vote en faveur de son rejet, conserve son droit d'être payé entièrement pour sa réclamation. Que la proposition soit acceptée ou que le débiteur soit mis en faillite, le droit du créancier de recouvrer sa

créance est suspendu par les dispositions de l'art. 149(1) et, comme tous les autres créanciers, il ne pourra recevoir des dividendes de sa réclamation jusqu'à l'exécution totale des conditions de la proposition, soit la réhabilitation du failli, selon le cas. Cependant, dans les deux cas, tout le solde impayé, moins les dividendes, reste entièrement exigible. Toutefois, tout créditeur qui vote en faveur de la proposition est lié par ses conditions, et abandonne son droit d'être payé 100 cents au dollar. Il est évident qu'il est presque certain que ces créanciers vont s'opposer à la proposition. Si le total des créances excède le quart en valeur du total des créances prouvées contre le débiteur, il sera impossible d'atteindre la majorité légale en faveur de l'adoption d'un résolution spéciale, majorité que la Loi sur la faillite exige pour qu'une proposition soit acceptée (art. 2, 36(1)).

Par conséquent, et particulièrement lorsqu'il traite avec des débiteurs individuels et non des "corporations", le syndic devrait avertir le débiteur que, même si sa proposition est acceptée, il peut très bien ne pas être libéré des créances de ce type, et que le mieux qu'il puisse espérer est un court délai et une réorganisation partielle des paiements de ses dettes. Selon les circonstances, la présence de créances de ce type contre le débiteur indique qu'une proposition n'est pas la solution aux problèmes financiers du débiteur. La même chose s'applique en matière de faillite, que celle-ci résulte d'une cession volontaire (article 31) ou du rejet de la proposition par les créanciers ou par le tribunal (articles 39(1) et 41(10)).

PROCEDURE DES PROPOSITIONS DE CONCORDAT

Le reste de la présente étude énonce les différentes étapes de la procédure d'une proposition de concordat, en commençant par la préparation de la proposition avec le débiteur, et en finissant par la libération du syndic dans le cadre de la proposition, dans la séquence chronologique habituelle des événements.

Chacune des étapes de la procédure sera précédée de trois astérisques (***).

S'il y a lieu, le commentaire sur une étape de la procédure est contenu dans un alinéa qui suit immédiatement l'étape de la procédure qu'il concerne.

Chaque étape de la procédure est accompagnée de la référence appropriée à la Loi sur la faillite, aux règles et aux formules.

L'effet de l'article 46(1) sur les possibilités d'application des dispositions de la Loi sur la faillite, en dehors de sa partie III, est indiqué dans la mesure du possible.

Pour la commodité, les étapes de l'administration d'une proposition sont divisées selon les chapitres suivants:

(1) Préparation de la proposition
(2) Dépôt de la proposition
(3) Administration du syndic avant la première assemblée des créanciers
(4) Fonctions et obligations du syndic à la première assemblée des créanciers
(5) Demande d'approbation au tribunal
(6) Présence du syndic à l'audience d'approbation de la proposition
(7) Effets de la proposition approuvée
(8) Administration par le syndic de la proposition approuvée
(9) Action du syndic en cas de rejet de la proposition et de cession présumée, pour cause de faillite
(10) Refus de la proposition par les créanciers, quorum atteint
(11) Absence de quorum - administration temporaire
(12) Participation du syndic à la première assemblée des créanciers dans les cas de cessions présumées
(13) Action de l'ancien syndic en cas de substitution
(14) Demande de libération du syndic

I - PREPARATION DE LA PROPOSITION

***Quand une personne insolvable fait une proposition, elle entame la procédure de proposition en déposant physiquement les documents suivants auprès d'un syndic:

(1) Un exemplaire écrit de la proposition (Formule 34) énonçant les conditions de la proposition et les détails des garanties ou cautions proposées (Formule 34, paragraphe 5), signé par le débiteur et les cautions proposées, le cas échéant (art. 32(2)(a)).

En vertu de la Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28, "Dans chaque texte législatif,

"Cautions" signifie des cautions suffisantes, et "cautionnement" signifie un cautionnement suffisant; et, lorsque ces mots sont employés, le cautionnement d'une seule personne suffit, à moins que le contraire ne soit expressément prescrit".

(2) Un état indiquant la situation financière du débiteur à la date de la proposition (art. 32(2)(c), Règle 82, Formule 61) et précisant:

(i) les détails de son actif et de son passif,
(ii) les noms et adresses de ses créanciers,
(iii) les garanties que ses créanciers détiennent respectivement,
(iv) les dates auxquelles les garanties respectives ont été données,
(v) tout autre renseignement ou renseignement complémentaire nécessaire (art. 129(d) mis en vigueur par l'art. 46(1)).

(3) Un affidavit du débiteur (Formule 61) attestant l'exactitude de l'état financier.

***Quand un failli fait une proposition, il commence la procédure de proposition en déposant physiquement auprès du syndic de la masse les documents suivants:

(1) Un exemplaire écrit de la proposition (Formule 34) énonçant les conditions de la proposition et les détails des guaranties ou cautions proposées (Formule 34, paragraphe 5), signé par le débiteur et les cautions proposées, le cas échéant (art. 32(2)(a)).

(2) L'état des affaires mentionné à l'article 129, et décrit ci-dessus dans l'état financier qui doit être remis par une personne insolvable qui fait une proposition.

***Dans les deux cas, le syndic doit s'assurer que la proposition prévoit:

(1) le paiement, par priorité sur les autres créances, des

créances dont le paiement est ainsi ordonné dans la répartition des biens d'un débiteur (articles 41(4) et 107(1), et Formule 34, paragraphe 2);

(2) le paiement de tous les honoraires et dépenses pertinents du syndic relatifs et connexes à la procédure de la proposition (articles 41(4) et 107(1) (b) (i), Formule 34, paragraphe 3).

Le syndic peut passer un accord avec le débiteur au sujet du montant de ses honoraires, mais le syndic n'aura jamais droit à plus du montant permis par la Loi sur la faillite (article 21 (1)(2)(3)(4)(5)), montant qui doit être taxé, rendu applicable par l'article 46(1)).

--- Hôtel du Lac St Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la p. 16.

--- Re Space-Pak International Limited (1972) 17 C.B.R. ns 120

--- Re Hennie - Elkind (West End) Limited (1972) 17 C.B.R. ns 111

"Le débiteur et le syndic pourrait probablement passer un contract au sujet des honoraires du syndic en ce qui concerne la proposition, contrat qui serait juridiquement exécutoire entre eux; mais ceci ne signifie pas qu'un syndic, qui est un officier de justice, et qui est présumé représenter impartialement les créanciers au moins dans la même mesure où il peut impartialement protéger ou conseiller le débiteur, pourrait demander et obtenir le paiement d'honoraires exhorbitants surtout parce que le débiteur y a consenti, et ce au préjudice des créanciers, qui ont accepté une proposition à laquelle le syndic était également partie.

--- In re Roy (1963) 4 C.B.R. n.s. 275, à la p. 279.

Sur la base de ce qui précède, le tribunal réduirait les honoraires convenus entre le syndic et le débiteur, et ordonnerait que l'excédent soit distribué aux créanciers.

(3) Des conditions raisonnables et destinées à avantager l'ensemble des créanciers (article 41(2));

"La proposition peut contenir plusieurs plans de règlement différents. La seule limite est l'ingéniosité du rédacteur, et la question de savoir si les créanciers les accepteront ou non".

---Houlden et Morawetz, Bankruptcy Law of Canada, 1960, p. 95.

A ce qui précède il faut ajouter le fait que le tribunal doit également les accepter (article 41(2)).

"Si un débiteur impliqué dans une proposition vend à ses créanciers, il est habituel de mentionner dans la proposition que les créanciers n'auront pas le droit de compensation".

---Houlden et Morawetz, Bankruptcy Law of Canada, 1960, p. 103.

Ainsi, un créancier a reçu un dividende lors d'une proposition, a ensuite acheté des marchandises au débiteur et refusé de payer ces marchandises en compensant le prix des marchandises et le solde dû de sa créance qu'il avait présentée dans la proposition; le tribunal a refusé d'approuver la tentative de compensation du créancier et a ordonné au créancier de payer au syndic le prix des marchandises vendues, en déclarant:

> "Il faut admettre que: les créanciers du concordat avait le droit d'acheter des marchandises au débiteur au cours de la période du concordat, mais si tous les créanciers achètent des marchandises, ne les paient pas et demandent la compensation, comment la compagnie pourrait-elle exécuter son concordat? S'il en était ainsi, l'actif total pourrait disparaître par l'action d'un seul, et le débiteur serait privé des moyens de payer son concordat. L'actif constitue les fonds qui servent à payer le concordat. Il ne peut y avoir d'avantage pour un créancier à l'insu des créanciers du concordat.....(Le créancier) aurait tout aussi bien pu acheter des marchandises dont la valeur, ajoutée au dividende à recevoir, le paierait entièrement, alors que les autres créanciers ne recevraient que leur dividende, comme convenu dans le concordat".

--- In re Cobourg Felt Company: Ex parte Weaver (1925) 5 C.B.R. 622, à la p. 625.

***Si le syndic ne s'assure pas que la proposition contient les trois conditions citées, le tribunal doit refuser d'approuver la proposition (article 41(2)(4)).

> En vertu de la Loi d'interprétation S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28, "doit ou devra, devant un infinitif, exprime une obligation". Par conséquent, la Loi sur la faillite ne donne aucun pouvoir de discrétion au tribunal, et celui-ci doit refuser la proposition, même si cette dernière a été acceptée par la majorité des créanciers exigée pour l'adoption d'une proposition spéciale.

***Le syndic doit faire, ou faire faire, au sujet des affaires et des biens du débiteur, une estimation et une enquête qui lui permettent d'estimer avec un degré raisonnable d'exactitude la cause des difficultés financières du débiteur ou de son insolvabilité (art. 32(5)).

***Le syndic doit faire rapport des résultats de son estimation ou de son enquête à l'assemblée des créanciers (art. 32(5)).

> La procédure de convocation de l'assemblée des créanciers et la présentation de ce rapport sont traitées à la section IV intitulée: Les Fonctions et obligations du syndic à la première assemblée des créanciers.

***Une proposition faite par un failli doit être approuvée par les inspecteurs avant que tout autre mesure soit prise à son égard (art. 32(3)).

> En vertu de la Loi d'interprétation S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28: "doit ou devra, devant un infinitif, exprime une obligation".

II - DEPOT DE LA PROPOSITION

*** Le syndic dépose auprès du séquestre officiel:

(1) un exemplaire de la proposition;
(2) un exemplaire du bilan (art. 42(1) et règle 81(2) et 82, qui s'appliquent en vertu du paragraphe 1 de l'art. 46 et des paragraphes(1) et(4) de l'art. 180).

*** La date du dépôt de la proposition constitue la date:

(1) de la détermination des créances des créanciers (par. 1 de l'art. 42);

(2) des déterminations pour toutes les autres fins de la Loi sur la faillite (par. 1 de l'art. 42), y compris la détermination de la date à laquelle le débiteur sera censé avoir fait cession de ses biens après le rejet de la proposition par les créanciers (par.(1) de l'art. 39) ou après désapprobation de la proposition par le tribunal (par.(10) de l'art. 41).

En particulier, à compter du dépôt de la proposition, il est impossible de la retirer, ainsi que tout cautionnement ou garantie déposés avec la proposition (par.(4) de l'art. 32).

Cependant, si le débiteur fait cession de ses biens avant que le tribunal n'ait approuvé la proposition, la date de la cession est censée être la date du dépôt de la proposition (art. 44), mais autrement la proposition n'a plus d'effet.

***Si le séquestre officiel désigne un autre syndic à la faillite (par.(4) de l'art. 31 et règle 80), le syndic désigné à la proposition passe directement à la troisième partie du présent document, intitulé "Action de l'ancien syndic en cas de substitution".

***Si le séquestre officiel nomme syndic de la faillite le syndic désigné dans la proposition, par la cession du débiteur (par. 4 de l'art. 31 et règle 80), le syndic doit informer les créanciers que le débiteur est maintenant failli (par. (1), (3) et (4) de l'art. 80).

***Si la première assemblée des créanciers en vue d'étudier la proposition ne s'est pas réunie avant que le débiteur ne fasse cession, le syndic doit prévenir les créanciers par courrier recommandé (par. 1) de la règle 88) que l'assemblée ordinairement convoquée pour étudier la proposition constituera au lieu de cela la première assemblée des créanciers intéressés à la faillite, à laquelle les procurations (art. 35 et formule 37), si elles ont déjà été expédiées aux créanciers, ne seront pas acceptables (par. 2 de l'art. 87).

***Si l'assemblée convoquée pour étudier la proposition s'est déjà réunie, le syndic convoque par lettre recommandée (par. 1) de la règle 88) une nouvelle assemblée des créanciers intéressés à la faillite, en donnant au moins cinq (5) jours d'avis (par. 1 de la règle 88). A tous autres égards, la convocation de la "première" assemblée depuis la faillite, ainsi que la saisie et la protection de l'actif, et toute la procédure de faillite consécutive, s'exécutent suivant la procédure ordinaire de faillite.

***Si un ou plusieurs créanciers présentent une requête de mise en faillite avant le dépôt de la proposition, et si par la suite la proposition est rejetée soit par les créanciers, soit par le tribunal, la faillite qui en résulte est censée commencer au jour du dépôt de la requête:

---Affaire Lingen Trailer and Manufacturing Company Limited (1969) 13 C.B.R. (nouvelle série) 197.

"Lorsque le Parlement a édicté, en 1966, l'art. 32B (aujourd'hui art. 39) de la Loi sur la faillite, il ne prévoyait évidemment pas la situation où une proposition serait déposée après la présentation d'une requête de mise en faillite, mais avant l'ordonnance de séquestre. Si les créanciers refusent la proposition, il peut en résulter de graves inconvénients pour les créanciers. Si le jugement de faillite est rendu sur requête de mise en faillite, la date de la faillite remonte au dépôt de la requête, et cette antériorité de la date de faillite peut faire intervenir certains privilèges nés dans les trois (3) mois précédant la faillite; ces privilèges ne vaudraient pas si la faillite était fixée à une date ultérieure, c'est-à-dire à la date du dépôt de la proposition. Sans doute, le tribunal a, de plein droit, le pouvoir de juger de la faillite sur requête de mise en faillite, nonobstant le dépôt ultérieur de la proposition, si celle-ci n'est pas acceptée par les créanciers":

---Observations sur l'affaire Lingen Trailer 13 C.B.R. 198.

Il serait illégal qu'un créancier présentât une requête de mise en faillite après le dépôt d'une proposition, parce qu'en vertu du par. 1 de l'art. 49, "Lors de la déposition d'une proposition

faite par une personne insolvable ..., aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite... ne doit intenter ... une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite ...", la requête mise en faillite étant une procédure "pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite". En tout cas, cette procédure ne serait pas pratique pour la simple raison que la faillite de plein droit par voie de cession présumée serait rétroactive à la date du dépôt de la proposition, ce qui reculerait au lieu d'avancer les périodes de rétroactivité prévues par les articles 73 et 74 de la Loi sur la faillite concernant le recouvrement de sommes versées par suite de préférences et de règlements frauduleux; le créancier requérant, après le dépôt d'une proposition, n'a vraiment rien à gagner.

***Si la requête de mise en faillite est accordée, conformément à l'arrêt Linden Trailer, le syndic suit la procédure exposée plus haut dans le cas où le débiteur a fait cession après le dépôt de sa proposition, et continue la procédure de faillite habituelle.

III-ADMINISTRATION DU SYNDIC AVANT LA PREMIERE ASSEMBLEE DES CREANCIERS

AUSSITOT après le dépôt de la proposition, le syndic doit:

*** (1) expédier par courrier recommandé (par. 2) de la règle 37) aux créanciers qui n'ont pas intenté de procès au débiteur, et

*** (2) signifier aux créanciers qui ont intenté un procès au débiteur, et inscrire au dossier de ces procès, l'avis de suspension des poursuites contre le débiteur et ses biens (par. 1) de l'art. 49).

*** (3) déposer copie de l'avis susdit dans ses archives (par. 6) de l'art. 13).

Si le par. 1 de l'art. 49 prévoit la suspension de plein droit des poursuites contre le débiteur et ses biens dès le dépôt d'une proposition, si tous les créanciers du débiteur sont informés de la proposition et sont censés informés de la suspension, cette simple précaution assure que de fait, les créanciers sont informés de la suspension, et ceci, par la

suite, va épargner au débiteur et aux créanciers, peut-être même au syndic, la peine de défaire ce qu'autrement les créanciers auraient fait dans l'exercice de leurs recours contre le débiteur, après le dépôt de la proposition, qu'ils auraient ignoré. Il faut bien remarquer que le par.(1) de l'art. 49 suspend expressément les poursuites "lors de la déposition d'une proposition", tandis que l'art. 25 ne contient aucune disposition semblable quant à la présentation d'une requête de mise en faillite. En matière de requête de mise en faillite, bien qu'en vertu du par. 4 de l'art. 50, "la faillite soit réputée rétroagir et commencer au moment du dépôt de la pétition sur laquelle une ordonnance de séquestre est rendue...", l'art. 75, en dépit de son libellé, protège "rétroactivement" les opérations exécutées par le débiteur déclaré failli entre le jour du dépôt de la requête de mise en faillite et le jour de l'ordonnance de séquestre:

---Affaire Pic-N-Save Limited (1973) 1 O.R. 809.

Les transactions conclues avec d'autres personnes par le débiteur qui a déposé une proposition ne sont pas pareillement protégées. C'est à cause de la différence fondamentale entre l'effet qu'entraîne le dépôt de la requête de mise en faillite et celui qu'entraîne le dépôt de la proposition.

La présentation de la requête n'exerce aucun effet au début des poursuites. En soi, elle ne change pas la capacité juridique du débiteur et ne touche pas ses biens. Elle constitue un acte de contrainte exercé par le requérant, auquel le débiteur peut résister en plaidant. Si le plaidoyer du débiteur est accepté et si la requête est rejetée, le débiteur et ses biens restent intacts. Toutefois, s'il est fait droit à la requête, elle prend effet à cette date. C'est un effet rétroactif, mais jusqu'à la date où l'ordonnance de séquestre est rendue, le débiteur garde son entière capacité.

D'autre part, le dépôt d'une proposition exerce un effet sur le débiteur et ses biens dès le début. Il suspend les poursuites

(par. 1) de l'art. 49). Le dépôt de la proposition constitue un acte facultatif du débiteur et, comme les poursuites sont suspendues, il atteint le débiteur et ses biens, mais pas au point de limiter sa capacité juridique. Il limite plutôt les recours des créanciers. Que les créanciers rejettent la proposition et qu'une cession présumée rétroactive en résulte, ou qu'ils acceptent la proposition, leurs recours restent limités, et la libération du débiteur a pour conséquence d'éteindre leurs droits. Contrairement au cas de la requête de mise en faillite, le débiteur qui a fait une proposition, non plus que ses créanciers, n'est jamais dégagé des effets de sa proposition:

---Arrêt Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Ltd. c. Charisma Fashions Limited (1972) 27 D.L.R. (3e) à la p. 394, infirmant (1971) 15 C.B.R. (nouvelle série) 53.

Donc, si les créanciers du débiteur qui s'opposent au séquestre peuvent avoir lieu de supposer, en toute bonne foi, que la requête n'a et n'aura jamais aucun effet sur le débiteur, la proposition n'a rien qui autorise pareille confiance. Pour cette raison, à cause de la nature de la procédure lors d'une proposition, le paragraphe 1 de l'article 46 empêche de s'appliquer l'art. 75, qui protège les opérations conclues avec le débiteur qui s'oppose à la requête de mise en faillite.

***Si le bail du débiteur contient une clause précisant que le dépôt d'une proposition par le locataire-débiteur met fin au bail, cette stipulation est illégale, et le propriétaire ne peut l'invoquer pour expulser le locatiare parce que la proposition "...approuvée par le tribunal oblige tous les créanciers, et que l'intention de la Loi sur la faillite serait tournée si le demandeur (le propriétaire) était autorisé à exercer la clause résolutoire...":

---Drozinski c. Zemel (1954) 34 C.B.R. 59, à la p. 60.

***Si un bien du débiteur est saisi avant la signification de la suspension de poursuites à l'huissier agissant sur l'ordre d'un créancier (par. 2), 3) et 4) de l'art. 51), les voies d'exécution ultérieures sont suspendues, mais le syndic ne peut de plein droit recourvrer les biens saisis, parce que la propriété du débiteur ne lui a pas été cédée (le par. 1) de l'art. 46 rend

inopérant le par. 5 de l'art. 50).

Si le créancier saisissant est propriétaire du bien saisi, "il n'est ni un créancier chirographaire, ni un créancier garanti, ni un créancier privilégié"; sa créance n'est donc pas admissible en faillite (c'est-à-dire qu'elle n'est pas imputable sur les fonds du débiteur,) mais c'est plutôt une créance en vue de recouvrer du débiteur la possession d'un certain objet, bien que les mots "preuve de réclamation" figurent au par.1 de l'art. 59, au par. 1 de la règle 92 et au par. 1 de la formule 51, instituée par modification des règles de la faillite promulguée par le décret en conseil, C.P. 1973-710 du 27 mars 1973, DORS/73-169, Gazette du Canada, 11 avril 1973, Partie II, volume 107, n° 7, p. 796. Par conséquent, le par. 1 de l'art. 49 ne suspend pas cette sorte de procédure, parce que ce n'est pas sur le bien du débiteur que le créancier exerce son recours, mais plutôt sur le bien du créancier même. De plus, si éventuellement, les créanciers acceptent la proposition et que le tribunal l'approuve, le par. 1 de l'art. 46 rend inopérant le par. 4 de l'art. 50, de sorte que la rétroactivité de la proposition n'aura pas pour effet de lever la saisie. Si la proposition est rejetée, soit par les créanciers, soit par le tribunal, la rétroactivité a pour effet de lever la saisie en vertu du par. 1 de l'art. 39 et du par. 10 de l'art. 41. Cependant, avant la décision des créanciers et du tribunal, il n'y a pas faillite, le débiteur reste maître de tous les biens en sa possession, et le syndic ne peut contraindre le propriétaire saisissant à présenter une preuve de réclamation conformément au par. 1 de l'art 59, au par. 1 de la règle 92 et au par. 1 de la formule 51. Cependant, si le propriétaire saisissant décide de présenter une preuve de propriété dans l'intervalle, cette procédure sera parfaitement valable, et si la faillite suit le rejet de la proposition, ces dispositions s'appliqueront aux biens réclamés:

---Arrêt Bertone Construction Co. Ltd.: Grobstein c. Watson, Jack, Hopkins Ltd., et autres (1960) 2 C.B.R. (nouvelles série) 30, à la p. 35.

Le par. 1 de l'art. 51 n'est destiné qu'à la faillite. C'est pourquoi l'al. 4 du par. 1 de la formule 51 précise que le bien revendiqué "était en possession du failli, et reste en possession du failli ou du syndic"; c'est pourquoi l'al. 7 mentionne le délai de quinze (15) jours après la première assemblée des créanciers (par. 2 de l'art. 59). La raison pour laquelle le mot "proposition" figure dans le titre du par. 1 de la formule 51 et à l'al. 3 a) c'est de prévoir le cas où la proposition est rejetée, et la faillite déclarée. Le but en vue dequel celui qui revendique un bien est autorisé à présenter la preuve de sa créance entre le dépôt de la proposition et la première assemblée des créanciers, c'est simplement de permettre au syndic d'informer les créanciers dès la première assemblée qu'un certain bien est revendiqué et peut être repris en possession par le demandeur, et d'informer le débiteur de ne pas se dessaisir du bien revendiqué avant que n'ait eu lieu la première assemblée des créanciers. Ceci peut permettre au syndic de contester la créance, s'il a des motifs valables de le faire, et de garder en possession le bien revendiqué, épargnant ainsi à la masse les frais d'action en reprise de possession, au cas où la proposition serait rejetée et où prendrait effet une cession présumée rétroactive, ainsi qu'au cas où la contestation aboutirait au rejet de la créance. La déclaration que la bien est "en possession du débiteur ou du syndic" a pour motif d'exprimer soit que le débiteur est en possession du bien, soit qu'en vertu de l'art. 29, la proposition désigne le syndic comme séquestre intérimaire, soit que le débiteur est en possession du bien sous la surveillance d'un autre séquestre intérimaire. De même que le dépôt de la preuve ordinaire de créance auprès du syndic prévu dans une proposition, le dépôt de la preuve de créance de bien a simplement pour but de donner avis de la créance afin de lui permettre d'examiner les affaires du débiteur.

***Afin de recouvrer les biens saisis par d'autres créanciers que les propriétaires, le syndic doit demander au tribunal de nommer le syndic, désigné dans la proposition, séquestre intérimaire des biens saisis (par. 1 et al. a) du par. 3 de l'art. 29; règles 74 et 75, formules 28 et 74), en lui ordonnant de prendre possession immédiate des biens saisis et de prendre les autres mesures que le tribunal juge opportunes (par. 2 de l'art. 29). C'est nécessaire parce que le syndic, n'ayant aucun titre de propriété sur le bien du débiteur, ne peut en droit participer à aucun litige concernant ce bien, avant d'avoir été nommé séquestre intérimaire. Le par. 1 de l'art. 46 prive de tout effet l'art. 51 à l'égard du syndic désigné dans la proposition:

---affaire Geller Brothers (1923) 4 C.B.R. 108;

---affaire W. Hanna & Company Ltd. (1961) 2 C.B.R. (nouvelle série) 40;

---affaire Coupal et Frères Ltée. (1967) 12 C.B.R. (nouvelle série) 28;

---affaire Charisma Fashions Limited (No. 1) (1971) 15 C.B.R. (nouvelle série) 47.

> Dans leurs observations sur l'arrêt Charisma Fashions, 15 C.B.R. (nouvelle série) 52, les arrêtistes des Canadian Bankruptcy Reports exposent que:
>
> "La recommandation que le syndic procède en vertu des dispositions de l'art. 24A (maintenant art. 29) de la Loi sur la faillite n'est quelquefois pas pratique, vu le surcroît de frais qu'entraînent la nomination et l'intervention du séquestre intérimaire."
>
> "Comme le juge le fait observer, le débiteur insolvable pouvait demander d'annuler le jugement avant que le shérif (qui avait saisi les biens du débiteur) n'eût déboursé de fonds. En outre, le syndic pouvait demander une ordonnance déclarant que la proposition obligerait le créancier saisissant, qui n'avait aucun droit aux fonds en dépôt chez le shérif. La requête aurait pu être complétée pour donner ce résultat."

***Le droit de recouvrer les biens saisis au moyen du séquestre intérimaire peut être exercé en tout temps avant que l'officier de justice saisissant ou tout autre détenteur légalement désigné du produit de la vente en justice ne s'en soient dessaisis, et que le produit soit versé aux créanciers (par. 1 de l'art. 50 qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46):

---Canadian Credit Men's Trust Association c. Beaver Trucking Ltd. (1959) 38 C.B.R. 1.

Ces droits ne peuvent être exercés à l'encontre des créanciers garantis (art. 2, par. 2 de l'art. 49 et par. 1 de l'art. 50).

L'article 183 de la Loi sur la faillite énonce que--- "aucune disposition de la présente loi ne doit gêner ou restreidre les droits et privilèges que la Loi sur les banques confère aux banques et aux corporations bancaires." Le débiteur ne peut donc demander au tribunal en vertu du par. 2 de l'art. 49 de la Loi sur la faillite de suspendre les opérations de réalisation de la banque afin de lui permettre de réunir les fonds nécessaires pour désintéresser la banque et réaliser la garantie lui-même au bénéfice de la masse des créanciers, même s'il est en mesure de vendre à plus haut prix que la banque:

---affaire Economic Plywood Inc.: Mercure c. Banque Canadienne Nationale (1969) c.s. 187.

La mémoire d'honoraires de l'avocat du premier créancier saisissant est privilégié (par. 2 de l'art. 50; art. 168, al. g) du par. 1 de l'art. 107, qui s'appliquent en vertu du par. 1 de l'art. 46.)

Le premier créancier saisissant, tous les autres créanciers saisissants et les avocats de ces derniers, sont créanciers chirographaires, qui participent à la proposition en apportant la preuve de leur créance.

***Le syndic transmet au registraire, par courrier recommandé (par. 2) de la règle 37) avis de la proposition (règle 57 et formule 36).

***Le syndic inscrit au dossier d'administration interne de la masse:

(1) le nom du débiteur;
(2) le numéro du dossier du surintendant;
(3) le numéro du dossier du séquestre officiel;
(4) le numéro du greffe;
(5) la date du dépôt de la proposition auprès du séquestre officiel;

(6) la date fixée pour la première assemblée des créanciers.

***Le syndic convoque immédiatement les créanciers en assemblée (par. 1 de l'art. 33), de la manière suivante.

***Le syndic prépare le dossier suivant, destiné à tous les créanciers (par.1 de l'art. 33) et au surintendant (par. 1 de l'art. 33).

(1) avis du jour, de l'heure et du lieu de l'assemblée (al. a) du par. 1 de l'art. 33; règles 5, 106 et 107; formule 35);

(2) l'état sommaire de l'actif et du passif (al. b) du par. 1 de l'art. 33 et al. b) du par. 11 de l'art. 13; règle 82; formules 31 ou 61);

(3) la liste des créanciers qu'intéresse la proposition et dont la créance est d'au moins $25, et le relevé de leurs créances, d'après le montant connu, ou porté à la comptabilité du débiteur (al. c) du par. 1 de l'art. 33);

(4) un exemplaire de la proposition (al. a) du par. 2 de l'art. 32 et (al. d) du par. 1 de l'art. 33; formule 34);

(5) une formule de preuve de créance (par. 1 et 2 de l'art. 97; formules 50 ou 51) et une formule de procuration (par. 2 de l'art. 87; formules 48 ou 49) EN BLANC (le vote est laissé à la discrétion du fondé de pouvoir);

(6) un bulletin de vote (al. f) du par. 1 de l'art. 33 et art. 35; formule 37); (vote déposé par le créancier lui-même sans participer à la première assemblée).

***Le syndic transmet ce dossier aux créanciers et au surintendant, par courrier recommandé (par. 2 de la règle 37) dix (10) jours au moins avant l'assemblée (par. 1 de l'art. 33).

***Il n'est pas nécessaire de donner avis du dépôt de la proposition dans un journal local (le par. 1 de l'art. 46 rend inapplicable le par. 4 de l'art. 80);

---arrêt Turgeon (1960) 2 C.B.R. (nouvelle série) 27.

***Lorsque le failli fait une proposition, qu'une liste de l'actif, du passif et des créanciers, a été présentée à la première assemblée des créanciers dans une faillite, et que l'état de l'actif du débiteur reste sensiblement le même quand le syndic est requis de réunir l'assemblée des créanciers pour étudier la proposition, le syndic peut omettre les pièces suivantes (par. 2 de l'art. 33):

(1) un succinct des avoirs et obligations (al. b) du par. 1 de l'art. 33);

(2) la liste des créanciers et de leurs créances (al. c) du par. 1 de l'art. 33)

***Le syndic transmet par courrier recommandé (par. 2 de la règle 37) au statisticien fédéral deux exemplaires des documents suivants:

(1) avis du jour, de l'heure et du lieu de l'assemblée (al. a) du par. 11 de l'art. 13, mis en vigueur par le par. 1 de l'art. 46;

(2) état de l'actif et du passif (al. b) du par. 11 de l'art. 13, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46).

***Le syndic dépose le bilan auprès du registraire (al. b) du par. 11 de l'art. 13; par. 4 de la règle 7).

***Le syndic classe dans ses archives copie de tous les avis expédiés, ainsi que les preuves d'expéditions postales en recommandé (par. 6 de l'art. 13).

IV - LES FONCTIONS ET OBLIGATIONS DU SYNDIC A LA PREMIERE ASSEMBLEE DES CREANCIERS

***Pour avoir le droit de voter, les créanciers doivent déposer des preuves de réclamation auprès du syndic et prouver leur créance (art. 97(1) (2) (3) (4) (5)) avant la date fixée pour l'assemblée (art. 87(1) qui s'applique en vertu de l'art. 46(1)).

***Les votes par correspondance doivent parvenir au syndic avant la date fixée pour l'assemblée et être accompagnés des preuves de réclamation des créanciers qui ont choisi de voter de cette façon (art. 35, formule 37, et art. 87(1) qui s'applique en vertu de l'art. 46(1)).

***Le syndic doit examiner chaque preuve de réclamation pour vérifier qu'elle répond à la forme prescrite (art. 97(2) (3) (4) (5) qui s'applique en vertu de l'art. 46(1)) et constitue une "réclamation prouvable" en matière de faillite (art. 2, 95(1) et 106(1) qui s'appliquent en vertu de l'art. 46(1)).

***Au besoin, le syndic doit exiger du réclamant, qu'il soit garanti, privilégié ou chirographaire, les preuves supplémentaires relatives à la créance (art. 106(1) et règle 94) avant d'admettre la créance (règle 92) et de l'enregistrer à son rang (art. 107(1) (3)).

***Si la créance n'est pas liquidé (c.-à-d. le moment exact n'est pas déterminé) ou si elle est eventuelle (c.-à-d. que le montant soit determiné ou non, son fondement juridique est contesté), le syndic doit:

(1) soit transiger sur la créance (art. 14(1)(i) et règle 91, qui s'applique tous les deux en vertu de l'art. 46(1));

(2) soit demander au régistraire de faire évaluer la créance (art. 95(2), 12(9), 162(1)(b)(f)(g)(h), (4) (5) et règle 91 qui s'appliquent tous en vertu de l'art. 46(1)).

***Si la preuve de la créance n'est pas présentée selon la forme prescrite (art. 97), le syndic peut rejeter la créance en tout ou en partie (art. 106(2) (4) et règles 93 et 95, qui s'appliquent tous en vertu de l'art. 46(1)):

---Re Toronto Permanent Furniture Showrooms Limited
(1960) 1 C.B.R. n.s. 16

Le débiteur peut assister le syndic dans ce travail et a le droit de s'opposer aux preuves de créance et d'insister auprès du syndic pour qu'il les rejette:

---Darabaner c. Banque Impériale du Canada et Lefaivre
(1960) 2 C.B.R. n.s. 88 qui confirme (1960) C.S. 411.

Les arrêtistes des Canadian Bankruptcy Reports font le commentaire suivant sur l'affaire Darabaner, à 2 C.B.R. n.s. 103:

"Comme le débiteur poursuivra ses affaires en vertu de la proposition de concordat, il serait injuste de le grever d'une créance de la part d'un créancier qui, à son point de vue, n'est pas exacte".

***Si le syndic rejette la créance, il doit signifier ce rejet par écrit au réclamant en fournissant les motifs du rejet (art. 106(2) et formule 52).

***Lorsque le syndic délivre un avis de rejet, il devrait posséder, dans son compte en fiducie, les sommes nécessaires pour acquitter toutes les créances rejetées ou contestées, ou encore la somme nécessaire pour acquitter la créance contestée devrait être garantie de façon adéquate pour qu'il puisse payer le dividende sur les créances contestées, si elles sont ultérieurement jugées valides. Si le syndic fait une distribution aux créanciers chirographaires dont les créances ne sont pas contestées et que, ultérieurement, certaines des créances contestées sont jugées valides, le syndic serait personnellement responsable du dividende de créance des créanciers

pour lesquels les fonds font défaut (art. 119(2) qui s'applique en vertu de l'art. 46(1)):

---Re Mohawk Sports Equipment Limited (1971) 15 C.B.R. n.s. 63.

***Les preuves de créances doivent être disponibles à l'assemblée pour:

(1) qu'elles puissent être examinées par les créanciers (art. 97(7) qui s'applique en vertu de l'art. 46(1));

(2) que le syndic puisse déterminer la majorité requise par la Loi pour l'adoption d'une résolution spéciale (art. 2 et 36(1)), étant donné le nombre de créanciers qui possèdent des créances prouvées;

(3) que le syndic puisse déterminer le quorum requis si la proposition est rejetée et la faillite est déclarée (art. 39(1) et 84(4)).

Puisque l'art. 35 de la Loi sur la faillite autorise les créanciers qui prouvent leurs créances à voter sur la proposition de concordat par lettre (formule 37) sans être présents à l'assemblée, le quorum n'est pas requis pour le vote des créanciers sur la proposition, mais il sera requis si les créanciers rejettent la proposition, à la suite de quoi le débiteur sera réputé avoir fait une cession (art. 39(1)), et la faillite sera déclarée. A partir de ce moment, le syndic aura besoin d'instructions de la part des créanciers pour l'administration de la faillite (art. 39(1)(a)(b) et 80(5)).

Si tous les créanciers décident de voter par lettre sans assister à l'assemblée, le syndic peut compter les voix et déterminer si la proposition a été acceptée ou rejetée.

Si certains créanciers votent par lettre, et si d'autres sont présents à l'assemblée, il n'est pas nécessaire que le quorum soit réuni pour étudier la proposition. A cause de l'art. 35, le par. 1 de l'art. 46 rend

inopérant le paragraphe 1 de l'article 84 quant à l'assemblée convoquée pour étudier la proposition.

Le nombre de créances prouvées requis pour que le syndic détermine la majorité légale nécessaire pour adopter une résolution spéciale (art. 2 et par. 1 de l'art. 36) ne se compose que des créances prouvées, déposées avant le moment fixé pour l'assemblée, et non au moment où celle-ci commence de fait, si elle commence en retard (par. 1 de l'art. 87, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46):

---J. A. Lacasse (1940) 21 C.B.R. 368;

---Barry Steel Products Limited (1941) 22 C.B.R. 308;

---Nadeau (1949) 30 C.B.R. 89.

Le tribunal, en appliquant littéralement le par. 1 de l'art. 87 en cette matière, a pour but d'assurer que le retard des dépôts n'empêche pas les créanciers d'exercer leur droit d'examiner les preuves de créances des autres créanciers, conformément au par. 7 de l'art. 97:

---J. A. Lacasse (1940) 21 C.B.R. 369;
---affaire Barry Steel Products Limited (1941) 22 C.B.R. 308.

De même, le retard à déposer empêcherait le syndic d'exercer son droit d'examiner toutes les preuves de créances et d'en déterminer la validité, ainsi que le droit des créanciers, conformément à l'art. 86;

---affaire Nadeau (1949) 30 C.B.R. 89;

---affaire London Bridge Works Limited (1926) 8 C.B.R. 73, à la p. 76.

Donc, si un seul créancier dépose une preuve de créance, qu'il décide de voter par lettre, en personne, ou par procuration, sa créance constitue le total des créances conférant droit de vote, et le syndic peut présider l'assemblée avec la "participation" de l'unique créancier.

Si celui-ci vote pour la proposition, celle-ci est acceptée. S'il vote contre la proposition et si la faillite en résulte, il constitue le quorum nécessaire pour réunir la première assemblée de créanciers de la faillite (par. 1 de l'art. 84), et peut présider l'assemblée qu'il compose à lui tout seul:

---affaire Glennie (1923) 4 C.B.R. 226;

---affaire Woodward (1940) 22 C.B.R. 90, infirmant 22 C.B.R. 1.

***Le syndic doit décider si chaque créance doit être admise ou rejetée quant au droit de vote (par. 1 de l'art. 86, qui s'applique en vertu de par. 1 de l'art. 46), même si par la suite, certaines créances peuvent être admises, en tout ou en partie, comme valables dans la proposition.

***Le syndic doit établir les créanciers qui ont ou n'ont pas le droit de voter pour l'acceptation de la proposition.

Le syndic doit tenir compte des incapacités de certaines personnes établis par la Loi sur la faillite, quant à leur pouvoir de voter sur les différents aspects de la proposition, c'est-à-dire:

(1) quant au vote pour l'acceptation de la proposition:

(a) un créancier lié au débiteur;

(b) le débiteur chargé de voter par procuration;

(c) un créancier qui a conclu une transaction révisable avec le débiteur;

(2) quant au vote pour la nomination ou le remplacement du syndic:

(a) l'associé, les employés et l'avocat du syndic;

(b) les parents du débiteur;

(3) quant au vote pour la nomination des inspecteurs, s'il y en a:

les parents du débiteur;

(4) l'incapacité du syndic de voter.

Les détails de ces incapacités seront maintenant discutés plus longuement.

Le créancier apparenté au débiteur, d'après les définitions des art. 3 et 4, peut voter contre, mais non pour, l'acceptation de la proposition (par. 3 de l'art. 36).

Le débiteur ne peut être chargé de voter par procuration aux assemblées de ses créanciers (par. 4 de l'art. 87 qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46).

Le créancier n'a le droit de voter à aucune assemblée de créanciers:

a) si ce créancier, à une époque ou l'autre de l'année précédant la proposition du débiteur, n'a pas traité avec celui-ci "à distance", selon les termes des par. 2 et 3 de l'art. 3; ou

b) si ce créancier a conclu une transaction révisable (selon la définition du par. 1 de l'art. 3) avec le débiteur à une époque quelconque antérieure à la propositon (par. 6) de l'ar. 87 et par. 1) de l'art. 108, qui s'appliquent en vertu du par. 1) de l'art. 46);

c) si le créancier est l'époux ou l'ancien époux du débiteur et s'il revendique un salaire, une commission ou quelque autre rémunération à raison du travail exécuté ou des services rendus en rapport avec le métier ou le commerce du bébiteur (par. 6 de l'art. 87 et par. 2 de l'art. 108, qui s'applique en vertu du par. 1. de l'art. 46).

***Le syndic doit établir les créanciers qui ont ou n'ont pas le droit de voter la nomination ou le remplacement du syndic.

Le vote du syndic, de son associé, de son commis, de son avocat ou du clerc de son avocat, soit à titre de créancier, soit comme fondé de pouvoir d'un créancier, n'est pas compté dans la majorité nécessaire à l'adoption d'une résolution concernant la rémunération ou la conduite du syndic (par. 2, de l'art. 91). Comme le par. 5 de la formule 34 prévoit la nomination du syndic, et que les créanciers sont autorisés à modifier la proposition à la première assemblée des créanciers (par. 1 de l'art. 36), les créanciers peuvent décider de remplacer le syndic désigné dans la proposition du débiteur à cause de la conduite du syndic.

Le père, la mère, le fils, la fille, la soeur, le frère, l'oncle ou la tante par le sang ou par mariage, l'épouse ou l'époux du débiteur ou de la débitrice, n'ont pas le droit de vote quant à la nomination du syndic (al.(a) du par. 3 de l'art. 93, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46).

***Le syndic doit établir les créanciers qui ont ou n'ont pas le droit de vote portant sur la nomination des inspecteurs (art. 38).

Voir le renvoi ci-dessus à l'al.(a) du par. 3 de l'art. 91; les personnes qui y sont désignées sont également exclues du vote portant sur la nomination d'inspecteurs.

Comme le vote sur la proposition porte sur son intégralité en non sur une partie, le créancier que la loi exclut du vote sur une partie n'a droit de vote sur aucune autre partie, et n'a donc aucun droit de vote portant sur la proposition.

***Si le syndic éprouve un doute quant à l'admissibilité ou au rejet d'une preuve de créance pour le droit de vote, il doit:

(1) noter l'opposition sur la preuve (par. 3 de l'art. 86, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46); et

(2) permettre au créancier de voter (par. 3 de l'art. 86), sous réserve de l'annulation de vote si le tribunal confirme l'opposition (par. 3 de l'art. 86):

(i) en appel du débiteur (par. 1 de l'art. 86 et art. 163, qui s'appliquent en vertu du par. 1 de l'art. 46) si la proposition est rejetée à cause du vote (par. 1 de l'art. 36 et par. 1 de l'art. 39); ou

(ii) en appel d'un ou plusieurs autres créanciers (par. 1 de l'art. 86 et art. 163), si la proposition est acceptée à cause du vote (par. 1 de l'art. 36)).

Le droit de vote, en dehors de la question de la validité de la créance, relève du jugement non du syndic, mais du tribunal:

---affaire Maritime Education Co. (1928) 10 C.B.R. 425, confirmé par (1929) 11 C.B.R. 333.

Ce dont le syndic doit se préoccuper à cette étape, c'est si le créancier a observé toutes les formalités prescrites par la loi en déposant la preuve de sa créance:

---affaire Gerbeau (1924) 5 C.B.R. 338.

***Le syndic doit aussi s'assurer que les procurations sont valables (par. 3 de l'art. 87, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46) et détenues par des personnes compétentes.

Il est interdit de désigner un débiteur comme fondé de pouvoir pour voter à l'assemblée de ses créanciers (par. 4 de l'art. 87, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46).

Le vote du syndic ou de son associé, de son commis, de son avocat ou du clerc de son avocat, à titre de fondé de pouvoir d'un créancier, ne sera pas compté dans la majorité nécessaire à l'adoption d'une résolution concernant la rémunération ou la conduite du syndic (par. 2 de l'art. 91, qui s'applique en vertu du par. 1 de l'art. 46).

***C'est le syndic qui doit présider l'assemblée (le par. 1 de l'art. 46 rend inopérant le par. 1 de l'art. 83):

---affaire Forbes (1972) 17 C.B.R. nouvelle série 55.

***Le syndic NE PEUT VOTER sur la proposition à titre de créancier (par. 4) de l'art. 36).

Si le syndic est créancier du débiteur qui fait la proposition, le par. 4 de l'art. 36 lui interdit de voter sur cette proposition à titre de créancier. A cause de cette disposition, le par. 1 de l'art. 46 rend inopérant le par. 1 de l'art. 91, qui ordinairement autorise le syndic-créancier à voter à titre de créancier.

Ordinairement, lorsque le syndic est le fondé de pouvoir d'un ou plusieurs créanciers, le par. 1 de l'art. 91 l'autorise à voter à titre de créancier. Cependant, parce que le par. 4 de l'art. 36 lui interdit de voter à titre de créancier, le par. 1 de l'art. 46 rend inopérant le par. 1 de l'art. 91 qui l'autorise à voter par procuration.

Le par. 1 de l'art. 91 ne s'applique donc pas aux propositions.

En outre, comme toute proposition doit prévoir la rémunération du syndic (par. 4 de l'art. 41 et par. 3 de la formule 34), le par. 2 de l'art. 91 interdit au syndic de voter. Les propositions doivent aussi désigner le syndic (par. 5 de la formule 34), et en vertu du par. 1 de l'art. 36, les créanciers peuvent modifier la proposition en substituant un autre syndic à celui que propose le débiteur (par. 1 de l'art. 10). Puisque pareil vote découle très probablement de la conduite du syndic, le par. 2 de l'art. 91 interdit aussi au syndic de voter sur cette question.

Les conditions de la résolution spéciale (art. 2 et par. 1 de l'art. 36) ne se prêtent pas au partage égal des voix, il n'est pas question que le syndic qui préside l'assemblée réunie pour étudier une proposition ait voix prépondérante (le par. 1 de l'art. 46 rend inopérant le par. 3 de l'art. 83). En outre, si les voix se départagent également, les créanciers n'ont pas obtenu la majorité (de 51 contre 49 par exemple), mais atteignent simplement l'égalité, et la proposition échoue nécessairement. A cause de tous les articles de la proposition auxquels est intéressé le syndic, ce qui de soi l'exclut de voter dans le cours ordinaire de l'examen de la proposition, il n'est certainement pas autorisé à user de la voix prépondérante pour décider finalement de telles questions.

A la lumière de l'arrêt rendu dans l'affaire Forbes, cité plus haut, qui impose au syndic de présider à l'assemblée réunie pour étudier la proposition, toutes les observations qui précèdent sur l'incapacité de voter qui frappe le syndic sont parfaitement compatibles avec l'impartialité que doit garder le syndic du dépôt de la proposition jusqu'à la présidence comprise de l'assemblée des créanciers.

***A l'heure fixée pour l'assemblée, le syndic déclare la séance ouverte.

***Le syndic fait dresser procès-verbal de l'assemblée (par. 4 et 5 de l'art. 83 et art. 92, qui s'appliquent en vertu du par. 1 de l'art. 46); ce procès-verbal est ensuite versé au dossier du syndic (par. 6 de l'art. 13).

***Le syndic rend compte à l'assemblée des créanciers de son enquête et de son évaluation des affaires et des biens du débiteur (par. 5 de l'art. 32).

Il arrive que la proposition n'offre pas un pourcentage précis de cents au dollar aux créanciers chirographaires, mais le débiteur propose une somme globale destinée à être partagée entre tous les créanciers non garantis, privilégiés ou ordinaires. C'est la proposition que

l'on appelle en anglais basket proposal ("forfait"). Elle est ordinairement faite lorsque le garant ne veut pas s'engager pour une somme indéterminée, et a donc résolu de limiter son engagement à une somme précise. On recourt aussi à ce genre de proposition lorsque la comptabilité du débiteur a été mal tenue, avec le résultat qu'elle ne permet pas de déterminer exactement les créances et que le mieux que puissent faire le débiteur et le syndic, c'est de tenter une approximation. Lorsqu'un "forfait" est offert, le syndic doit calculer, d'après l'hypothèse que les créances privilégiées et ordinaires sont toutes valables, le solde après soustraction des créances privilégiées en vertu de l'art. 107, et déclarer à l'assemblée des créanciers la proportion des créances ordinaires payable avec le solde.

***Les créanciers peuvent demander, par résolution ordinaire (art. 93), que l'assemblée soit remise à plus tard:

(l) Pour l'interrogatoire sous serment devant le registraire (al. b) de l'art. 34; par. 1 et 2 de l'art. 133; art. 134; al. b), g) et h) du par. 1 de l'art. 162; règle 94, qui tous s'appliquent en vertu du par. 1 de l'art. 46)

(i) du débiteur ou

(ii) de toute autre personne qu'on peut croire informée des affaires et des biens du débiteur, ou de l'administration de la proposition du débiteur:

---affaire The Man with the Axe Limited (No. 2) (1961) 2 C.B.R. nouvelle série 12.

La déposition du débiteur, ou de la personne informée, si cette déposition est transcrite, est présentée à la reprise de la séance (al. b) de l'art. 34).

(2) Afin de permettre un examen ou une évaluation plus complète des affaires et des biens du débiteur (par. 5 de l'art. 32 et al. a) de l'art. 34).

***Les créanciers peuvent modifier la proposition par résolution spéciale (art. 2; par. 1 de l'art. 36).

***Si, par suite d'une modification proposée par les créanciers présents à l'assemblée convoquée pour étudier la proposition, celle-ci est foncièrement modifiée, le syndic ne doit pas utiliser les votes par correspondance des créanciers absents qui approuvaient la proposition. Au lieu de cela, le syndic doit ajourner l'assemblée (par. 3 de l'art. 84), convoquer les créanciers de nouveau à dix (10) jours d'avis au moins (al. a) du par. 1 de l'art. 33) et expédier à tous les créanciers la proposition modifiée (al. d) du par. 1 de l'art. 33) et de nouvelles formules de vote par correspondance:

---affaire Rideau Carleton Raceway Holding Ltd.
(1971) 15 C.B.R. nouvelle série 72, à la p. 74.

***Les créanciers peuvent demander au tribunal de désigner un séquestre intérimaire pour exécuter la proposition (art. 29 et formule 28):

(1) afin de prendre possession immédiate des biens du débiteur (par. 1 de l'art. 29; par. 2, 3, 6 et 7 de l'art. 12; art. 138; règles 30 et 32; formule 74); et

(2) afin d'ordonner au séquestre intérimaire d'administrer les affaires ou les biens du débiteur, ou de prendre d'autres mesures (par. 2 de l'art. 29).

***Les créanciers peuvent, avec le consentement du débiteur, inclure dans la proposition les dispositions ou conditions qu'ils jugent opportunes quant à la surveillance des affaires du débiteur (art. 37).

On peut persuader le débiteur de consentir à ce qu'une rémunération spéciale soit versée au syndic en raison d'une telle disposition (par. 3 de l'art. 21).

Ordinairement, parce que l'approbation de la proposition laisse au débiteur la propriété et la possession de ses biens et l'administration de ses affaires et ne confère au syndic aucun droit sur les biens du débiteur, le syndic ne peut exercer ses droits de recouvrement des créances privilégiées en fraude, en vertu des art. 69 à 79 compris. A cause du caractère fondamental de la proposition, le par. 1 de l'art. 46 rend toutes ces dispositions inopérantes:

---Fortier c. Lefaivre (1955) B. R. 258, à la p. 259;

---affaire Toronto Permanent Furniture Showrooms Company (1960) 1 C.B.R. nouvelle série 16, à la p. 22;

---W. Hanna & Company Limited (1961) 2 C.B.R. nouvelle série 40, à la p. 42.

Cependant, si les créanciers, avec le consentement du débiteur, décident que la proposition doit conférer au syndic, entre autres pouvoirs de surveillance des affaires du débiteur, celui de recouvrer les créances, cessions ou règlements, privilégiés par fraude, le tribunal entérine cette disposition et l'applique:

---affaire Caplan: Lawrence c. Dashiff (1971) 15 C.B.R. nouvelle série 191.

***Les créanciers peuvent désigner d'un à cinq inspecteurs des biens du débiteur; ces inspecteurs son investis des pouvoirs dévolus à l'inspecteur par l'art. 94 de la Loi sur la faillite, sous réserve des accroissements ou diminutions de ces pouvoirs stipulés dans la proposition (art. 38).

***Le syndic met la proposition aux voix.

***Les créanciers peuvent décider d'accepter la proposition par résolution spéciale (par. 1 de l'art. 36); voici le calcul de la majorité nécessaire pour que cette résolution soit adoptée:

***(1) l'échelle des votes selon la valeur des créances fixée pour les résolutions ordinaires par l'article 93 ne s'applique pas au calcul des votes d'une résolution spéciale:

---affaire Windsor Home Furniture Co. Ltd.
(1954) 34 C.B.R. 53.

***(2) il faut totaliser le nombre de créanciers:

(i) présents,

(ii) ayant droit de vote (se reporter aux observations de cette partie sur conditions de vote) et

(iii) participant au scrutin;

***(3) il faut totaliser le nombre de:

(i) fondés de pouvoir et de

(ii) votes par correspondants

émanant

(a) de ceux qui ont droit de vote

(b) de ceux qui participent au scrutin;

***(4) il faut totaliser

(i) les créanciers

(ii) les votes par correspondances et

(iii) les fondés de pouvoir

Le total, comme dans les deux calculs précédents, égale le nombre de personnes présentes et ayant le droit de vote;

***(5) il faut totaliser la valeur de toutes les créances prouvées par les personnes présentes, ayant droit de vote et participant au scrutin;

***(6) l'adoption de la résolution nécessite la majorité (50% plus un) des personnes présentes, ayant droit de vote et participant au scrutin;

***(7) il faut que cette majorité représente aussi les trois quarts de la valeur des créances prouvées des personnes présentes, ayant le droit de vote et participant au scrutin;

***(8) si le scrutin ne donne pas une majorité d'au moins (50% plus un) des personnes présentes, ayant le droit de vote et participant au scrutin, la résolution spéciale est rejetée, quelle que soit la valeur des créances des électeurs favorables à la résolution; en conséquence, les créanciers se trouvent rejeter la proposition, sous réserve de l'appel à interjeter par le débiteur (par. 3 de l'art. 86; par. 2 de l'art. 153; art. 163; règles 49, 50, 51 et 52, qui tous s'appliquent en vertu du par. 1 de l'art. 46);

***(9) si 51 % au moins des personnes présentes votent favorablement, il faut totaliser les créances des votants favorables à la proposition;

***(10) si la somme des créances des personnes votant l'acceptation de la proposition ne représente pas les trois quarts de la valeur de l'ensemble des créances prouvées des personnes ayant voté pour ou contre la proposition, celle-ci est rejetée, sous réserve de l'appel du débiteur;

***(11) si la somme des créances des personnes votant l'acceptation de la proposition représente ou dépasse les trois quarts de la valeur de l'ensemble des créances prouvées des personnes ayant voté pour ou contre la proposition, celle-ci est acceptée, sous réserve d'appel par un ou plusieurs créanciers opposants.

***L'acceptation de la proposition par résolution spéciale (par. 1 de l'art. 36) comporte la confirmation de plein droit, par la résolution spéciale de la nomination du syndic que désigne le débiteur dans la proposition (par. 1 de l'art. 10; par. 5 de la formule 34).

***Le syndic rédige aussitôt la résolution pour la mettre au voix (par. 1 de l'art. 36; par. 4 de l'art. 83; art. 92; formules 6 et 38).

***Le syndic fait immédiatement signer les deux résolutions par:

(1) tous les créanciers qui votent

(2) tous les porteurs de procurations

***Dans la résolution, le syndic mentionne les votes par correspondance (art. 35 et formule 37) de tous les créanciers absents ou sans fondés de pouvoir, et les annexe à la résolution.

***Le syndic verse la résolution dans ses dossiers (par. 6 de l'art. 13).

***Si appel est interjeté du scrutin au tribunal, toute la procédure est suspendue (art. 165) jusqu'à ce que tous les appels aient été définitivement jugés ou que les recours soient épuisés.

Si le débiteur en appelle d'un vote rejetant la proposition, il n'est pas déclaré aussitôt failli; c'est au tribunal qu'il appartient de juger si le débiteur est failli ou non:

---National Bowling Centres Ltd. c. Brunswick of Canada Ltd. (1968) B.R. 428. Cet arrêt confirme un jugement antérieur sur une question semblable dans un autre appel intéressant les mêmes parties et rapporté (1967) B.R. 799; 11 C.B.R. nouvelle série 219.

Quant aux effets accessoires des jugements suspendant la rétroactivité de la faillite, voir les arrêts suivants rendus au sujet d'appels connexes concernant les deux parties susdites;

(1967) B.R. 369; 10 C.B.R. nouvelle série 185,
concernant la procédure à suivre quant à l'admissibilité ou au rejet des preuves de créances pour les fins du vote à l'assemblée convoquée pour étudier la proposition.

(1967) B.R. 803;
concernant la capacité du débiteur à interjeter appel après le rejet de la proposition par les créanciers.

Un autre jugement porte sur l'évaluation de la créance du créancier dont le débiteur conteste le vote; (1968) B.R. 434.

Un autre jugement encore décide, sur un article de procédure, qu'il est prématuré que le créancier en appelle d'un jugement refusant de suspendre un procès dans lequel le débiteur présentant la proposition est demandeur, et qui aboutit à un arrêt déclarant que le débiteur n'est pas encore failli. (1967) B. R. 845.

On trouvera la liste complète de ces arrêts, indispensable pour comprendre les procédures très complexes qui ont opposé les parties, et l'effet des divers jugements, dans (1968) B. R. 428, compte rendu de l'arrêt qui a mis fin à ce différend extrêmement acerbe.

***En attendant qu'il soit statué sur les appels du débiteur, le syndic n'a pouvoir d'agir qu'en qualité de syndic désigné par la proposition, non en qualité de syndic de la faillite.

***En attendant qu'il soit statué sur les appels du débiteur, si les créanciers veulent protéger l'actif, les créanciers ou le syndic peuvent demander à la cour de faillite de désigner un séquestre intérimaire pour les fins de la proposition (art. 29, règles 74 et 75, formule 28), ou, si le débiteur recourt à la Cour d'Appel, mais que la procédure semble lente, les créanciers ou le syndic peuvent demander à la Cour d'Appel d'annuler la suspension des poursuites (art. 165), instituant ainsi la cession présumée de plein droit à cause du refus de la proposition par les créanciers (par. 1 de l'art. 39), avec rétroactivité au jour du dépôt de la proposition (par. 1 de l'art. 39 et par. 1 de l'art. 42).

***Si la faillite résulte du rejet de l'appel du débiteur ou de l'annulation de la suspension des poursuites, le syndic passe directement à la neuvième partie de la présente étude, intitulée "Action du syndic en cas de rejet de la proposition de concordat et de cession présumée pour cause de faillite".

***Si à la suite de l'appel, la proposition est acceptée, le syndic passe à la cinquième partie de la présente étude, intitulée "Présentation au Tribunal d'une demade d'approbation".

V - PRESENTATION AU TRIBUNAL D'UNE DEMANDE D'APPROBATION

***Le syndic demande immédiatement au tribunal (art. 40) son approbation de la proposition en obtenant du tribunal une date d'audition.

***Au moins quatorze (14) jours avant la date de l'audition (art. 40), le syndic adresse un avis de l'audition de la demande d'approbation (art. 40 et formule 39) par lettre recommandée (art. 40 et règle 37 (2)) aux personnes suivantes:

(1) le débiteur;

(2) le surintendant;

(3) chacun des créanciers qui a prouvé sa créance;

***Au moins dix (10) jours avant la date de l'audition (art. 40), le syndic doit envoyer au surintendant une copie du rapport portant sur la proposition déposé au tribunal (formule 40).

***Au moins trois (3) jours avant la date de l'audition (art. 40), le syndic dépose un rapport portant surla proposition au greffe du tribunal (art. 40, règle 7(4) et formule 40).

***Le syndic doit conserver dans ses dossiers des copies de

(1) l'avis de l'audition

(2) le rapport au tribunal

(3) les récépissés des lettres recommandées (art. 13(6)).

***Le syndic prépare également à l'avance pour qu'elles soient prêtes lors de l'audition de la proposition, diverses ordonnances entre lesquelles le tribunal pourra choisir (formule 41 et 42) afin d'accélérer la procédure, et il les tient à la disposition du tribunal, le jour de l'audition.

VI - PRESENCE DU SYNDIC LORS DE L'AUDITION POUR L'APPROBATION DE LA PROPOSITION

***Si aucun créancier ne s'oppose à la proposition (c.-à-d. si la résolution spéciale est adoptée à l'unanimité (formule 36)), le registraire peut approuver la proposition (art. 162 (1)(d) (5) et formule 41).

***S'il existe des créanciers qui s'opposent à la proposition, le juge les entend.

***Si le rapport du syndic (art. 40 et formule 40) contient des faits qui justifient le refus d'approuver la proposition (art. 41 (1) (2) (3)), la demande est réputée contestée, et le juge doit l'entendre (art. 162 (1) d) et règle 83).

***Le tribunal entend:

(1) un rapport du syndic sur la proposition (art. 41(1))

(a) quant aux conditions de la proposition, et

(b) quant à la conduite du débiteur;

(2) le syndic (art. 41(1) et règle 6) sur toutes les questions relatives au rapport, mais qui peuvent ne pas y figurer;

(3) le débiteur (art. 41(1));

(4) tout créancier adverse, opposé ou dissident (art. 41(1));

(5) tout témoignage supplémentaire que le tribunal peut exiger (art. 41(1).

***Si le débiteur ou d'autres personnes censées avoir connaissance des affaires ou des biens du débiteur ont été interrogées par le registraire (art. 162(1)(g)) à la suite du vote par les créanciers d'une résolution demandant un tel interrogatoire (art. 34(b), le témoignage, s'il est transcrit, peut être lu devant le tribunal (art. 34(b)).

"Quant aux propositions, elles doivent être examinées avec soin par le tribunal lorsqu'elles sont présentées pour approbation; autrement, la loi n'aurait pas exigé que le syndic demande au tribunal, après avis adressé aux créanciers, son approbation des propositions acceptées par les créanciers lors d'une réunion convoquée à cet effet:

---Affaire Kenmore Building Materials Ltée: Procureur général du Canada c. Gordon (1965) 7 C.B.R. n.s. 310, à la p. 315, confirmé par (1967) 9 C.B.R. n.s. 41.

Naturellement, pendant ce temps, la proposition devra avoir été approuvée par la majorité en nombre et par les trois quarts en valeur des créanciers ayant prouvé leur créance. En général, le tribunal ne prononce pas de jugement différent de celui des créanciers:

---Dans l'affaire Orchid Fashion Inc: Grobstein c. Bruck Mills Ltée (1961) 2 C.B.R. n.s. 103, à la p. 104.

Cependant, en dépit de cette approbation et bien que le syndic puisse avoir fait un rapport favorable au sujet de la proposition,

"... la partie demandant l'approbation a la charge d'établir que cette proposition est raisonnable et faite au bénéfice de l'ensemble des créanciers. Il n'appartient pas à la minorité existante qui s'est opposée à la proposition lors de l'assemblée générale des créanciers et qui par la voix de son avocat a renouvelé ses objections lorsqu'on a demandé au tribunal d'approuver la proposition, de convaincre le tribunal que cette proposition doit être refusée..."

---Dans l'affaire Gareau (English and Scotch Woollens Company) (1922) 2 C.B.R. 265, à la p. 269.

"... il n'est pas suffisant que la majorité légale des créanciers approuve la proposition. L'approbation du tribunal est tout a fait indépendante de celle des créanciers et se fonde sur des considérations différentes. Il est toujours possible au tribunal de décider du caractère raisonnable de la proposition et de son aspect avantageux pour les créanciers, ceux de la minorité aussi bien que ceux de la majorité..."

---Dans l'affaire Gareau (English and Scotch Woollens Company) (1922) 2 C.B.R. 265, à la p. 271.

La Loi sur la faillite confère au tribunal un droit de contrôle sur les propositions "... dans le but de protéger les créanciers contre leur propre insouciance afin d'éviter que la majorité des créanciers en finissent ainsi de manière insouciante, non seulement aux dépens de leurs propres biens, mais aux dépens de ceux de la minorité, dans le but également d'obliger les débiteurs, pour autant que la loi puisse y parvenir, à adopter une conduite plus prudente et plus morale..."

---Dans l'affaire Gareau (English and Scotch Woollens Company) (1922) 2 C.B.R. 265, à la p. 267-

"... il appartient (au tribunal) de prendre en considération non seulement les désirs et les intérêts des créanciers (de la majorité et de la minorité des créanciers), mais également la conduite du débiteur, l'intérêt public et celui des futurs créanciers, le point de vue moral ou, en d'autres termes, les impératifs de la moralité commerciale".

---Dans l'affaire The Man With the Axe Ltd (No.1) (1961) 2 C.B.R. n.s. 8, à la p. 9.

Par suite, l'approbation par le tribunal d'une proposition acceptée par la majorité légale des créanciers n'est pas automatique. Les facteurs positifs qui permettront à un tribunal d'approuver une proposition sont très difficiles à déterminer à partir des cas déjà jugés, parce que chaque cas se pose dans des conditions qui lui sont particulières, surtout en ce qui concerne la situation financière du débiteur, ainsi qu'en ce qui concerne sa conduite pendant la période qui conduit à l'établissement de sa proposition et ses chances de respecter la proposition. De plus, l'importance relative accordée à de tels facteurs varie d'une province à l'autre, d'un juge à l'autre, d'une année à l'autre. Par exemple, une proposition ne couvrant qu'une partie relativement faible des créances des créanciers, qui aurait pu être acceptée au moment de la Grande récession des années 30, ne serait plus acceptable dans une période de prospérité relative:

---Affaire Berdux (1951) 32 C.B.R. 68.

Par suite, il est très difficile de fixer des règles certaines pour l'approbation par le tribunal. Il est plus facile cependant, de déterminer des critères de rejet d'une proposition par le tribunal, certains d'entre

eux étant revêtus d'un caractère impératif par la Loi sur la faillite, et quelques-uns d'entre eux ayant été explicités par le tribunal dans l'intérêt public en application du pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal par l'art. 41(8). Il nous faut maintenant examiner ces règles à notre tour.

En application de la Loi d'interprétation S.R.C. 1970, chap. 1-123, art. 28, "dans tous les textes législatifs "doit" ou "devra" exprime une obligation".

Cela signifie que, dans les cas suivants, lorsque la Loi sur la faillite emploie le mot "doit", le tribunal n'a aucune discrétion, quelles que soient les circonstances, dans l'approbation de la proposition, même si la majorité légale des créanciers l'a acceptée.

Le tribunal doit refuser d'approuver la proposition si celle-ci ne prescrit pas:

(1) le paiement, en priorité sur les autres créances, de toutes les créances dont le paiement est ainsi ordonné dans la répartition des biens du débiteur (art. 41(4) et 107(1) et formule 34 par. 2);

(2) le paiement de tous les honoraires et dépenses convenables du syndic relatifs et connexes aux mesures découlant de la proposition (art. 41(4), 107(1)(b)(i), règle 62 et formule 34, par. 3);

(3) les conditions de la proposition sont raisonnables et qu'elles sont destinées à avantager l'ensemble des créanciers (art. 41(2)).

Les conditions de la proposition doivent être définies. Par suite, une proposition qui ne fixe pas un délai au paiement du passif, et qui se réduit simplemet à une proposition de payer aussi vite que le débiteur serait en mesure de la faire n'a pas été approuvée par le tribunal:

---Dans l'affaire Cowdrill (1922) 2 C.B.R. 610.

L'art. 41(6) reconnaît la validité d'une proposition faite par une société qui prévoit la distribution aux créanciers d'actions du capital de la société.

L'article 45 prévoit que:

"Une proposition, faite subordonnément à l'achat d'actions ou garanties ou à quelque autre paiement ou contribution par les créanciers, doit stipuler que la réclamation de tout créancier qui décide de ne pas participer à la proposition sera évaluée par le tribunal et payée en espèces lors de l'approbation de la proposition".

La Loi sur la faillite 1919, article 13(2a), ajouté par la loi 12-13 Geo V,S.C. 1922, c. 8, a. 12, et tel qu'amendé subsequemment, et que l'on trouve maintenant, sous forme beaucoup modifiée à l'article 45, a écarté la décision dans la cause de In re Lindners Limited (1921) 2 C.B.R. 49, laquelle avait exigé qu'une proposition prévoyant la distribution des actions du capital social d'une compagnie débitrice soit acceptée à l'unanimité, et laquelle a refusé d'approuver une telle proposition. Quand cette cause a été décidée, avant l'amendement

de 1922, la Loi sur la faillite ne contenait aucune disposition pourvoyant un régime spécial pour les créanciers dissidents, comme le présent article 45, et celà a fait hésiter la cour à obliger un créancier dissident d'adhérer à un arrangement que la cour croyait entièrement spéculatif ne donnant aux créanciers, que de garanties sans valeur. L'amendement de 1922, tel qu'exprimé actuellement dans l'article 45, est destiné à parer à l'objection de la cour à l'encontre de cette espèce de proposition et à écarter l'obstacle que la décision Lindners y posait. Ces propositions sont, à tous autres égards, sujets aux règles générales de vote, et plus particulièrement à l'exigence d'une résolution spéciale pour l'acceptation d'une proposition dans l'article 36(1). L'article 41(6), ajouté par la loi 14-15 Eliz II, S.C. 1966-67, c. 32, à. 8 pourvoit la procédure pour la distribution des actions dans de telles proposition, c'est-à-dire, transfert de la compagnie débitrice par le syndic aux créanciers.

Le tribunal doit refuser d'approuver la proposition:

(1) si elle ne comporte pas de garanties raisonnables pour le paiement d'au moins:

(i) cinquante (50) cents par dollar sur toutes les créances non garanties et prouvables contre l'actif du débiteur (art. 41(3)) ou,

(ii) pour le paiement d'un pourcentage de ces créances que le tribunal peut décider (art. 41(3));

ET si certains faits sont établis à l'encontre du débiteur qui empêcheraient le tribunal d'accorder au débiteur une libération inconditionnelle. Ces faits sont les suivants:

> ---la valeur des avoirs du débiteur n'est pas égale à cinquante cents par dollar de ses dettes non garanties, à moins que le débiteur ne prouve au tribunal que le fait que la valeur des avoirs n'égale pas cinquante cents par dollar de ses dettes non garanties provient de circonstances dont il ne peut à bon droit être tenu responsable (art. 143 (1) a);

Pour que le débiteur puisse soutenir qu'il ne peut être tenu pour responsable d'une telle insuffisance d'actif,

"... ce que le débiteur doit soutenir et établir sont des faits que le tribunal considérera comme ne se produisant normalement pas dans une mauvaise conjoncture commerciale, opposé à ce qui se produirait dans une période de prospérité, et qui a une incidence particulièrement exceptionnelle sur l'insolvabilité ou qui provoquerait de tels remous sur un marché que cela ne peut raisonnablement pas être prévu, qu'il ne soit pas possible de se prémunir contre une telle éventualité qui provoquerait de nombreuses situations d'insolvabilité. La preuve ne doit pas être établie à partir de quelconques faits particuliers qui toucheraient sa situation commerciale de manière différente de celle des autres commerçants, et elle ne doit pas non plus être établie à partir de situation extraordinaires affectant l'ensemble du monde des affaires...". Sur ces bases, le tribunal a refusé d'admettre l'explication des débiteurs quant à la disproportion existant entre leur actif et leur passif et refusé d'approuver la proposition:

---Dans l'affaire Freedman (1926) 7 C.B.R. 410, à la p. 411.

Lorsqu'il n'existe pas d'autres commerçants dans la branche d'activité du débiteur qui a subi des pertes financières de même importance que le débiteur, l'obligation qu'a le débiteur d'établir qu'il ne peut, à bon droit, être tenu pour responsable de la situation ne pourra être satisfaite:

---Dans l'affaire National Fruit Exchange Inc. (1948) 29 C.B.R. 125, à la p. 127;

---Dans l'affaire Albee Fruit Exchange Inc et Druker (1955) 35 C.B.R. 207, à la p. 208.

---Le débiteur a omis de tenir les livres de compte qui sont ordinairement et régulièrement tenus dans l'exercice de son commerce et qui révèlent suffisamment ses opérations commerciales et sa situation financière durant les trois années précédant immédiatement sa proposition (art. 143 (1)(b));

---Le débiteur a continué son commerce après avoir connu son état d'insolvabilité (art. 143(1)(c)) tandis que les principaux responsables de la société du débiteur ont eux-mêmes constitué une société sous un nom analogue à celui de la société du débiteur et ont exercé un commerce sous le nom de la nouvelle société pendant la période d'insolvabilité de la société du débiteur, ce comportement a amené le tribunal à refuser la proposition de la société:

---Dans l'affaire National Fruit Exchange Inc. (1948) 29 C.B.R. 125, à la p. 128;

---Le débiteur n'a pas tenu un compte satisfaisant des pertes d'avoirs ou de toute insuffisance d'avoirs pour faire face à ses obligations (art. 143(1)(d));

L'absence chez le débiteur de "prudence et du sens de la prévision ordinaires dans les affaires" joint à son "incapacité de se souvenir des détails... de ses transactions commerciales" pendant la période de son insolvabilité ont amené le tribunal à refuser son approbation à la proposition du débiteur:

---Dans l'affaire Rinder and Bloem (1922) 2 C.B.R. 572, à la p. 573.

---Le débiteur a causé sa faillite, ou y a contribué, par des spéculations téméraires et hasardeuses, ou par une extravagance injustifiable dans son mode de vie, par le jeu ou par négligence coupable dans ses affaires commerciales (art. 143(1)(e));

---Le débiteur a occasionné à l'un quelconque de ses créanciers des frais inutiles en présentant une défense futile ou vexatoire dans toute action intentée contre lui (art. 143(1)(f));

---Le débiteur a, au cours des trois mois qui ont précédé la date de sa faillite, engagé des frais injustifiables en intentant une action futile ou vexatoire (art. 143(1)(g));

---Le débiteur a, au cours des trois mois qui ont précédé la date de sa proposition, alors qu'il ne pouvait pas acquitter ses dettes à leur échéance, accordé une préférence injuste à l'un quelconque de ses créanciers (art. 143(1)(h));

"... si l'opération avec le créancier a pour effet de lui accorder une préférence injuste, même si l'opération elle-même peut se justifier, le débiteur se place ainsi dans la situation prévue par l'article 59(h) (maintenant art. 143(1)(h))", qui signifie que, même si l'opération incriminée ne peut pas être attaquée en vertu des dispositions des articles 73 et 74 sur les préférences frauduleuses, la participation du débiteur à une telle opération constitue néanmoins un élément défavorable pour que le tribunal approuve sa proposition:

---Dans l'affaire Rinder et Bloem (1922) 2 C.B.R. 572, à la p. 574.

Lorsqu'une proposition est annulée, et qu'il en résulte une faillite, en application de l'art. 43(4), les sommes détenues par le syndic qui a fait la proposition (représentant des paiements faits au syndic par le débiteur, et que le syndic n'a pas encore distribués aux créanciers) ne constituent pas un dépôt séparé au bénéfice des seuls créanciers visés par la proposition, elles deviennent partie de l'actif de la faillite, et peuvent être distribuées aussi bien aux créanciers visés par la proposition qu'aux autres créanciers:

---Dans l'affaire Allflex Company Limitée (1962) 3 C.B.R. n.s. 80, à la p. 83.

Ainsi dans tous les cas où il existe une proposition visant à créer, en faveur des créanciers compris dans la proposition à l'encontre des créanciers à venir, une préférence sur des biens acquis ultérieurement en continuant, l'activité du débiteur, une telle proposition, contrevenant à la règle fondamentale d'un traitement équitable de tous les créanciers et venant à l'encontre de la répartition prévue pour atteindre cet objectif, sera rejetée par le tribunal:

---Dans l'affaire Whitley (1923) 3 C.B.R. 785.

Cependant, la situation inverse qui s'est rencontrée dans l'affaire Whitley serait approuvée, c'est-à-dire qu'il est admissible de prévoir que de futurs créanciers seront payés en totalité et par préférence avant les créanciers visés dans la proposition:

---Dans l'affaire Thoun Estate (1925) 7 C.B.R. 251.

---Le débiteur a, au cours des trois mois qui ont précédé la date de sa proposition, contracté des obligations en vue de porter ses avoirs à cinquante pour cent par dollar du montant de ses dettes non garanties (art. 143(1)(i));

---Le débiteur a, dans une occasion antérieure, été en faillite, ou a fait une proposition à ses créanciers (art. 143(1)(j));

---Le débiteur s'est rendu coupable de fraude ou d'abus frauduleux de confiance (art. 143(1)(k));

---Le débiteur n'a pas rempli les obligations que lui impose la Loi sur la faillite ni n'a observé une ordonnance du tribunal (art. 143(1)(m));

---Le débiteur a pris des dispositions sur ses biens en vue d'un mariage ou a passé un contrat de mariage et n'était pas, au moment où ces dispositions ont été prises en vue d'un mariage ou au moment de la signature du contrat de mariage, en état de solder toutes ses dettes sans l'aide des biens compris dans les dispositions ou dans le contrat (art. 147 (a) et 69);

---Le débiteur a passé une convention en vue d'un mariage faisant don de biens futurs à la femme ou aux enfants du débiteur (art. 147(b) et 70);

---Le débiteur a commis une infraction, en vertu de la Loi sur la faillite ou de toute autre loi, quant à ses biens, sa proposition ou les mesures suivantes (art. 143(1)(*c*), 169, 170 et 171).

L'article 169(b) définit comme infraction en matière de faillite le fait pour tout débiteur de disposer de quelque façon frauduleuse de ses biens avant ou après la proposition. Dans l'affaire Orchid Fashions Inc: Grobstein c. Bruck Mills Ltée (1961) 2 C.B.R. n.s. 103, la société débitrice avait prêté des capitaux à son président. Plusieurs mois avant que la société débitrice ne présente sa proposition, le président emprunteur a demandé la mise en liquidation de la société et, en même temps a remboursé les sommes qu'il devait à la société. Le résultat de ces opérations a été d'affaiblir le capital social et de placer la société en état d'insolvabilité. Le tribunal a jugé que la société débitrice, agissant à l'initiative de son président pour ces transactions s'était rendue coupable d'une "fraude implicite au détriment des créanciers en général" en disposant frauduleusement de ses biens contrairement aux dispositions de l'article 169(b). Par ces motifs, le tribunal a refusé d'approuver la proposition de la société débitrice.

Toutes les raisons impératives et laissées à la discrétion du tribunal évoquées précédemment pour motiver le refus du tribunal d'approuver une proposition se fondent sur le fait parmi d'autres que la proposition n'assure pas une garantie raisonnable de paiement d'au moins 50 cents par dollar sur toutes les créances non garanties et prouvables contre l'actif du débiteur ou du pourcentage que le tribunal peut déterminer (article 41(3)). Cependant, le fait qu'une telle garantie existe bien en fait n'oblige pas le tribunal, par cela même, à approuver la proposition. Le tribunal conserve encore son

pouvoir discrétionnaire et peut refuser d'approuver la proposition chaque fois qu'il est établi que le débiteur s'est rendu coupable d'une quelconque des infractions énumérées dans la Loi sur la faillite, art. 169, 170 et 171 (art. 41(2)).

En toute autre circonstance, le tribunal peut à sa discrétion:

(i) soit approuver la proposition, en utilisant la formule 41,

(ii) soit refuser d'approuver la proposition en utilisant la formule 42 (art. 41(3)).

---Motifs de refus d'une approbation laissés à la discrétion du tribunal

Même s'il n'existe aucun empêchement légal à l'approbation d'une proposition, ou si aucun n'a été établi au cours de l'audience au tribunal, celui-ci conserve encore la latitude d'approuver ou de refuser une proposition selon ce qu'il estime être d'intérêt public. Dans de tels cas, si le tribunal trouve qu'une proposition, qui ouvre aux créanciers des perspectives extrêmement attrayantes et avantageuses, apparaît, à d'autres égards, contraire à l'intérêt général, l'intérêt général doit prévaloir, même au risque de faire subir des pertes importantes aux créanciers du fait de la faillite.

Le jugement de l'affaire The Man With The Axe Limited (No. 1) (1961) 2 C.B.R. n.s. 8, a précisément trait à une telle proposition. Il avait été établi devant le tribunal que les créanciers pouvaient espérer obtenir 30 cents par dollar en exécution de la proposition si elle était approuvée, mais seulement une fraction comprise entre 3 à 10 cents par dollar si la faillite devait être déclarée. Les créanciers minoritaires ont refusé la proposition, pour attrayante qu'elle ait pu paraître dans une telle situation, en attirant l'attention du tribunal

sur certains comportements du débiteur. Les faits de comportement incriminés étaient les suivants:

(1) plusieurs semaines avant de présenter la proposition, le débiteur avait été placé sous le contrôle d'un séquestre intérimaire et ses dirigeants avaient omis de révéler au séquestre intérimaire l'existence de marchandises en magasin évaluées à $32,000;

(2) le débiteur avait présenté un bilan tellement inexact que ses comptables n'avaient pas voulu prendre la responsabilité de le certifier;

(3) dans les états financiers, le stock avait été surévalué, en adoptant des prix de vente au lieu de prix de revient, et le tribunal avait estimé que cela avait été fait avec l'intention d'abuser le lecteur;

(4) des salaires avaient été payés à des personnes qui n'avaient pas travaillé pour la société, et plusieurs semaines avant la proposition ces salaires avaient été augmentés;

(5) quelqu'un que l'on prétendait avoir fourni des marchandises au débiteur avait été payé alors qu'en réalité, in n'avait rien livré du tout;

(6) au cours de l'année qui a précédé la proposition, le débiteur avait subi une perte de nature telle que cela démontrait qu'il connaissait mal sa situation de trésorerie;

(7) l'actif du débiteur n'atteignait pas 50 cents par dollar;

(8) le débiteur avait poursuivi ses activités commerciales longtemps après qu'il avait appris son insolvabilité, allant jusqu'à vendre à perte des marchandises en magasin pour se procurer de l'argent liquide.

Le tribunal a refusé d'approuver la proposition en déclarant (p. 9):

"... il est de mon devoir de prendre en considération non seulement les désirs et les intérêts des créanciers (de la majorité et de la minorité des créanciers), mais le comportement du débiteur, l'intérêt général et celui de futurs créanciers, et de tenir compte de points de vue moraux ou, en d'autres termes, des impératifs de la moralité commerciale."

"Le comportement du débiteur n'est pas correct. Il mérite au contraire d'être condamné..."

"Pour approuver cette proposition, le tribunal devrait fermer les yeux sur toutes les irrégularités signalées, et il ne pourrait le faire que dans le but de permettre aux créanciers d'obtenir 30 cents par dollar et de permettre à tous de s'assurer le maximum de ce qu'ils pouvaient espérer."

"Bien que les créanciers aient finalement pu obtenir davantage si la proposition avait été acceptée, l'approbation du tribunal dans ce cas aurait été interprétée comme une preuve d'indulgence et une approbation de la conduite du débiteur, pouvant même être considérée par d'autres comme un encouragement à se comporter de la même manière..."

"La proposition ne répond pas à l'intérêt général... En vertu de mes pouvoirs discrétionnaires, ayant mûrement pesé toutes les conséquences d'une telle décision, je refuse d'approuver la proposition".

Le tribunal a alors ajouté ce dernier avertissement aux créanciers et au public:

"... les créanciers qui accordent sans discernement des crédits doivent subir les conséquences de leur imprudence..."

Les arrêtistes des Canadian Bankruptcy Reports ont ajouté les commentaires suivants 2 CBR ns 11:

> "... le jugement a prouvé qu'il existe des garanties suffisantes dans la loi pour éviter l'approbation de propositions contraires à l'intérêt général ou aux impératifs d'un commerce honnête."
>
> "Malheureusement, dans les cas où les créanciers se voient offrir davantage qu'ils ne pouvaient l'espérer lors de l'assignation ou que le débiteur leur fait croire qu'ils peuvent recevoir, ils sont contents d'approuver la proposition et généralement aucun ne fait l'effort de se présenter devant le tribunal pour s'y opposer..."
>
> "Cette décision indique très clairement que ce n'est pas toujours la Loi sur la faillite qu'il conviendrait d'incriminer; parfois les créanciers ne devraient s'en prendre qu'à eux pour leurs malheurs parce qu'ils ne se donnent même pas la peine de défendre leurs intérêts".

***Si le tribunal refuse d'approuver la proposition, le syndic reçoit une copie de l'ordonnance (formule 42 préalablement rédigée par le syndic) signée par le juge (règle 16(1)), qui constitue provisoirement la preuve formelle de sa nomination comme syndic (art. 41(11) et règle 56), la classe dans son dossier (art. 13(6)), et agit selon la partie IX de cette étude intitulée "Action du syndic en cas de rejet de la proposition de concordat et de cession présumée pour cause de faillite".

***Si le tribunal approuve la proposition (art. 41(8)), il délivre une ordonnance écrite (formule 41 préalablement rédigée par le syndic) signée par le juge ou le registraire (art. 162(1)(b)(5) et règles 16 et 84), ou, si le tribunal en dispose autrement, le syndic rédige alors, conformément au projet d'ordonnance du tribunal, un nouveau texte conforme à l'ordonnance réelle du tribunal, et cette ordonnance constitue la preuve formelle de la nomination du syndic qui en obtient une expédition pour classement dans son dossier (art. 13(6)).

VII - EFFETS DE L'APPROBATION DE LA PROPOSITION

Une proposition acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal lie tous les créanciers qui ont des créances prouvables en vertu de la Loi sur la faillite et qui sont visées par les termes de la proposition (art. 42(2)).

Les créanciers garantis ne sont pas touchés par la proposition (art. 49(2)).

Cependant, si certaines catégories de créanciers chirographaires, énumérés à l'art. 148(1) ont voté contre la proposition, la proposition ne libère pas le débiteur de ses dettes à leur égard (art. 42(2)). Ces créances demeurent exigibles en totalité (art. 42(2)) même si

(1) les poursuites en vue du recouvrement de ces créances sont suspendues (art. 49(1)), et

(2) il y a paiement partiel de ces créances pendant la période de proposition (art. 41(5)).

Le lecteur est prié de se reporter à la partie de cette étude intitulée "Considérations portant sur certains types de créances" s'il veut une étude détaillée de ces créances.

Après approbation de la proposition par le tribunal, le syndic agit comme intermédiaire entre le débiteur et ses créanciers, afin de contrôler la manière dont le débiteur s'acquitte des obligations résultant de sa proposition (art. 41(5)):

---Fortier c. Lefaivre (1955) B.R. 258, à la p. 259.

---Dans l'affaire Toronto Permanent Furniture Showrooms Company Ltd (1960) 1 C.B.R. n.s. 16, à la p. 22.

---Dans l'affaire W. Hanna & Company Limited (1961) 2 C.B.R. n.s. 40, à la p. 42.

Le débiteur conserve tous ses droits, titres et intérêts sur ses biens et une entière capacité juridique pour en disposer ou les gérer comme il l'entend. Cette situation demeure tant que le débiteur s'acquitte des obligations résultant des termes de sa proposition (art. 41(5) et 43(1)).

Si la proposition a été faite par un failli, l'approbation de la proposition par le tribunal, prononcée après la faillite, a pour effet d'annuler la faillite et de réintégrer le débiteur dans tous les droits, titres et intérêts que détenait le syndic sur les biens du débiteur, à moins que les termes de la proposition n'en disposent autrement (art. 41(9)).

VIII - ADMINISTRATION DU SYNDIC, EN CAS D'APPROBATION DE LA PROPOSITION

***Le syndic doit aussitôt fournir au séquestre officiel un cautionnement garantissant qu'il rendra régulièrement compte de tous les biens reçus par lui en qualité de syndic, ainsi que du paiement et de la cession de ces biens, et qu'il remplira diligemment et fidèlement ses obligations (art. 12(1) mis en vigueur par les art. 46(1) et 41(5)).

***Le syndic doit ouvrir un compte bancaire distinct, en fiducie, au nom des créanciers de chaque proposition (art. 13(3)), séparé de son compte de banque personnel (art. 13(5) mis en vigueur par l'art. 46(1)).

***Les relevés de chaque compte bancaire, en fiducie, de chaque proposition font partie des archives du syndic (art. 13(6)).

***En ouvrant le compte bancaire en fiducie, le syndic remet à la banque

(1) un exemplaire de la proposition, acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal, le nommant syndic (Formule 34),

(2) les exemplaires des résolutions acceptant la proposition et sa nomination (Formules 6 et 38).

(3) une copie de la décision du tribunal approuvant la proposition (Formule 41) comme preuve concluante de:

(i) sa nomination (Formule 56) et

(ii) son pouvoir d'ouvrir le compte en banque, et d'en retirer des fonds (art. 13(4)).

***Le débiteur doit faire ponctuellement au syndic tous ses paiements en vertu de la proposition (art. 41(5)).

***En cas de défaut d'exécution de quelque disposition que renferme une proposition (art. 43(1), et s'il existe une caution (art. 42(2)(a) et Formule 34 par. 5)), le syndic doit demander à la caution d'effectuer le paiement.

***Si le paiement n'est pas effectué rapidement par le débiteur ou par la caution, le syndic doit demander au tribunal d'annuler la proposition (art. 43(1)(3));

--- Re Berdux (1951) 32 C.B.R. 68, à la p. 69.

***Si aucune demande d'annulation n'est faite, la proposition est suspendue jusqu'à ce que:

(1) le débiteur effectue le paiement, ou

(2) une demande en annulation de la proposition soit faite au tribunal.

***Si le tribunal annule la proposition (art. 43(4)), le syndic obtient une copie de la décision du tribunal (Formule 43) signée par le juge ou par le registraire (art. 162(1)(i) et règle 16(1)), qui constitue la preuve concluante de sa nomination provisoire comme syndic (art. 43(5) et règle 56), la classe dans son dossier (art. 13(6)), et se reporte directement à la partie IX de la présente étude, intitulée "Action du syndic en cas de rejet de la proposition et de cession présumée pour cause de faillite".

***Dans les propositions en cours d'exécution, le syndic doit déposer les sommes payées par le débiteur dans le compte bancaire en fiducie de la proposition (art. 13(3)).

***Le syndic doit préparer le plan de répartition aux créanciers.

Le plan de répartition indiqué aux art. 107 à 112 inclus s'applique dans le cas des propositions en vertu de l'art. 46(1):

---Perras c. Boulet (1959) 38 C.B.R. 168, confirmant (1958) B.R. 23.

Parmi les créanciers privilégiés (art. 107(1)), le syndic doit distinguer certains créanciers et certaines créances (art. 108 et 109), et inscrire certaines des créances comme ordinaires (art. 107(1)(d)(3) et 109, applicables en vertu de l'art. 46(1)), et inscrire certaines de ces créances comme différées jusqu'à ce que toutes les autres créances ordinaires aient été entièrement payées (art. 107(1)(d)(3), 108, 110, applicables en vertu de l'art. 46(1)). Si la proposition ne stipule pas le paiement complet des créances, les réclamations différées ne sont pas payées.

Pour plus de détails, le lecteur se reportera au mémoire "Ordre de priorité des créanciers", dans la présente série d'études.

En cas de contestation de créances, le syndic doit avoir dans son compte bancaire en fiducie une somme suffisante pour les couvrir, ou bien le montant des créances contestées doit être bien garanti, pour permettre de payer les créances contestées, si elles sont validées par la suite.

---Re Mohawk Sports Equipment Limited (1971) 15 C.B.R. n.s. 63.

***Avant de payer des dividendes, le syndic doit déduire:

(1) les dépenses et honoraires convenables du syndic, qui comprennent, selon la Loi sur la faillite:

(a) ". . .toutes les sommes d'argent déboursées et les dépenses subies, ainsi que la rémunération réclamée par le syndic". . . (art. 123(1)),

(b) ". . . la rémunération spéciale dont le débiteur peut convenir, ou, en l'absence d'une entente avec le débiteur, le montant que le tribunal peut approuver" (art. 21(3)),

(c) les dépenses et honoraires pour services rendus en qualité de syndic intérimaire de la proposition, si le syndic a été nommé en cette qualité par le tribunal (art. 29),

(d) tous les honoraires et les dépenses relatifs à la surveillance des affaires du débiteur et aux conditions spéciales insérées à cet effet dans la proposition (art. 37);

PLUS

(2) Le prélèvement du surintendant sur tous les paiements au titre des créances des créanciers (art. 41(7), 118 et 107(1)(c)(2) et règle 108).

***Puis, le syndic doit payer entièrement toutes les autres créances privilégiées dans l'ordre prescrit (art. 41(4), 107(1)(2) et Formule 34, par. 2)).

***Après quoi, le syndic doit payer des dividendes aux créanciers chirographaires, selon les conditions de la proposition (art. 41(5) et 107(3), et règle 92).

***Tous les paiements de créances privilégiées et de dividendes sont effectués par chèques tirés par le syndic sur le compte bancaire en fiducie (art. 13(4)).

***Si, selon les conditions de la proposition, un seul dividende doit être payé, ou lorsque le dividende final est exigible, se référer directement à la partie XIV intitulée: "Demande de libération du syndic" de la présente étude.

***Chaque paiement de dividende doit être accompagné d'une feuille de dividende indiquant:

(1) les noms de tous les créanciers qui ont prouvé leur créancie (art. 97(1) à (5));

(2) le montant reçu du débiteur à la date de paiement du dividende (art. 41(5));

(3) les honoraires et dépenses du syndic déduits, fixés ci-dessus;

(4) le prélèvement du surintendant sur tous les paiements, mentionné ci-dessus;

(5) les sommes versées aux créanciers privilégiés;

(6) le solde disponible pour distribuer des dividendes aux créanciers chirographaires;

(7) la créance prouvée de chaque créancier;

(8) le pourcentage de chacune des créances par rapport au total des créances (art. 112);

(9) le dividende payable à chaque créancier;

***Les paiements de dividendes et les feuilles de dividendes doivent être envoyés aux créanciers par lettre recommandée (Règle 37(2)).

***Une copie de la feuille de dividende doit également être

(1) envoyée au surintendant par lettre recommandée (art. 13(11)c) et règle 37(2)), et une autre copie doit être

(2) déposée au tribunal (art. 13(11)c)).

***Le syndic doit classer des copies de la feuille de dividende et les preuves d'envoi des lettres recommandées dans ses dossiers (art. 13(6)).

***Lorsque le débiteur remet le paiement final au syndic (41(5)), il est simplement dégagé de tout paiement ultérieur sans autre formalité, excepté pour le solde de certaines dettes qui sont exigibles en entier en vertu des art. 42(2) et 148. Le syndic doit informer le débiteur qu'il reste responsable de ces dettes, et en particulier que s'il ne paie pas ces dettes, et que le montant de ces dettes est suffisamment élevé, le débiteur peut être déclaré failli, même s'il a déjà rempli les autres conditions de sa proposition (art. 150(1) et 25(1) mis en vigueur par l'art. 46(1)). En ce qui concerne le détail de ces dettes, le lecteur se reportera à la partie de la présente étude intitulée: "Considérations portant sur certains types de créances".

Le débiteur ne demande pas à être libéré, parce que s'il fait une proposition de concordat en qualité d'insolvable, l'acceptation du créancier et l'approbation du tribunal ne modifient pas sa situation tandis que s'il fait une proposition en qualité de failli, "l'approbation par le tribunal d'une proposition après la faillite a pour effet d'annuler la faillite . . ." (art 41(9)).

IX - ACTION DU SYNDIC EN CAS DE REJET DE LA PROPOSITION DE CONCORDAT ET DE CESSION PRESUMEE POUR CAUSE DE FAILLITE

***Lorsque la proposition est faite par une personne insolvable,

(1) si les créanciers refusent d'accepter la proposition par résolution spéciale (art. 36(1) et 39(1)), ou

(2) si le tribunal refuse d'approuver une proposition acceptée par les créanciers (art. 41(8)(10)),

le débiteur est réputé avoir fait une cession (art. 39(1) et 41(10)) le jour où la proposition a été déposée (art. 42(1)), c'est-à-dire, rétroactivement.

***Si la proposition est faite par un failli,

(1) si les créanciers refusent d'accepter la proposition par résolution spéciale (art. 36(1) et 39(1)), ou

(2) si le tribunal refuse d'approuver une proposition acceptée par les créanciers (article 41(8)(10)),

le débiteur demeure failli et rien ne change.

***Seuls les frais du syndic sont payables avec l'actif du débiteur; les frais du débiteur ne le sont pas (article 41(12)).

***Si le tribunal annule la proposition à l'étude, à la suite du défaut du débiteur de se conformer à ses conditions, le débiteur est réputé avoir fait une cession le jour où la proposition a été annulée (article 43(4)), c'est-à-dire qu'il n'y a pas de rétroactivité de la cession présumée.

***Lorsqu'une proposition est annulée (article 43), chaque transaction à laquelle a participé le débiteur ou le syndic demeure intacte (article 43(2)).

> L'article 43(2) comprend deux dispositions distinctes. La première s'applique en général à toutes les transactions faites par le débiteur ou le syndic depuis la date du dépôt de la proposition (art. 43(1)) jusqu'à la date de l'annulation (article 43(4)) et mentionne qu'une décision d'annulation "...doit l'être sans préjudice de la validité d'une vente ou emploi des biens ou d'un paiement dûment fait, ou d'une chose dûment exécutée en vertu ou en conformité de la proposition..."
>
> La seconde disposition vise précisément une garantie donnée par voie de caution lorsque la proposition a d'abord été faite par le débiteur. Cette disposition a été ajoutée à l'article qui, avant l'entrée en vigueur des Statuts révisés du Canada de 1970, portait le numéro 36(2), modifiant la loi 14-15 Elizabeth II, 1966-1967, chap. 32, art. 9, et se lit comme il suit:
>
> "...nonobstant l'annulation de la proposition, une garantie donnée conformément à la proposition conserve pleine force et effet conformément à ses conditions."

Cette modification trouve sa raison d'être dans le "droit commun" ordinaire selon laquelle une garantie n'est qu'un accessoire à un contrat principal et, d'autre part, le principe général est que "l'accessoire suit le principal". Ceci veut dire que, si le contrat principal cesse d'exister, alors le contrat accessoire, dans le cas présent, la garantie, doit cesser d'exister à la même date. Par conséquent, lorsque la proposition cesse d'exister à cause de son annulation, alors, en vertu du "droit commun" ordinaire (par opposition à la Loi sur la faillite), la garantie cesse aussi d'exister en vertu du principe selon lequel ce que le garant s'est engagé à garantir est une proposition et non une faillite:

---Cloutier c. Dumas (1954) 34 C.B.R. 178.

La modification se propose donc de fournir un principe législatif qui renverse le "droit commun" ordinaire et maintient en vigueur la garantie accessoire, en dépit du fait que le contrat principal, la proposition, a cessé d'exister à cause de l'annulation. Par conséquent, en raison de cette modification, le jugement rendu dans l'affaire Cloutier c. Dumas ne fait plus jurisprudence sur ce point.

***La proposition peut être annulée s'il apparaît au tribunal:

(1) que la proposition ne peut être maintenue sans injustice ni retard indu (article 43(1)), ou

(2) que l'approbation du tribunal a été obtenue par fraude (article 43(1));

dans ces cas, l'annulation et la faillite qui en résulte constituent une pénalité pour le débiteur qui n'a pas respecté les dispositions de la proposition par ses propres efforts, mais les créanciers sont protégés

par le paiement, de la part du garant, de leurs créances fixées dans la proposition, et le garant devient à son tour un créancier chirographaire de la faillite du débiteur (article 95(1)).

***Dans les trois cas de cessions présumées mentionnées plus haut, l'action du syndic est identique, à une exception près, portant sur les formules numérotées à utiliser pour les avis, certificats, rapports, etc., comme l'indique la partie XI de la présente étude, intitulée "Absence de quorum - Administration provisoire, dans les cas où:

(1) les créanciers refusent la proposition (article 39(1));

(2) le tribunal refuse d'approuver la proposition (article 41(10));

(3) le tribunal annule la proposition (article 43(4)).

***En vertu de la cession présumée, le débiteur devient un failli et perd sa capacité de céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent immédiatement passer et être remis au syndic nommé pour la cession présumée (article 50(5)).

X - REFUS DE LA PROPOSITION PAR LES CREANCIERS, QUORUM ATTEINT

***A une assemblée où les créanciers ont refusé d'accepter la proposition, bien qu'aucun quorum ne soit nécessaire pour le vote d'acceptation ou de rejet parce que le vote par lettre est permis, maintenant que la faillite s'est produite, le quorum est nécessaire pour tenir la première assemblée des créanciers de la faillite.

***Le quorum s'établit ainsi:

(1) si le nombre des créanciers est inférieur à quatre (4) dans la proposition, tous doivent être présents en personne ou avoir désigné un fondé de pouvoir (art. 84(1) et 87(2)(3));

(2) si le nombre des créanciers est supérieur à quatre (4) dans la proposition, au moins trois (3) d'entre eux doivent être présents en personne ou avoir désigné un fondé de pouvoir (art. 84(1) et (87(2)(3)).

***Néanmoins, bien qu'il n'y ait aucun quorum, et par conséquent, bien que les créanciers, dans ces circonstances, ne puissent voter sur la nomination ou la substitution du syndic, la nomination provisoire du syndic a lieu immédiatement après que la cession présumée est reconnue (article 39(1), 41(10) et 43(5)).

***Le syndic doit aussitôt fournir un cautionnement au séquestre officiel garantissant qu'il rendra régulièrement compte de tous les biens reçus par lui en qualité de syndic, ainsi que du paiement et de la cession de ces biens et qu'il remplira diligemment et fidèlement ses obligations (article 12(1) que l'article 46(1) rend applicable).

***Dans tous les cas de cessions présumées, (c'est-à-dire qu'un quorum soit ou non réuni pour la première assemblée des créanciers de la faillite), le syndic dépose aussitôt un rapport auprès:

(1) du surintendant, par courrier recommandé (règle 37(2)) et

(2) du séquestre officiel, dans les cas suivants:

(a) les créanciers refusent la proposition (art. 39(2) et formule 39A);

(b) le tribunal refuse d'approuver la proposition (art. 41(10)(11) et formule 42A);

(c) le tribunal annule la proposition (art. 43(4) (5) et formule 43A adaptée).

***Le syndic dépose des copies des rapports avec les preuves de courrier recommandé dans ses registres (article 13(6)).

***Le syndic obtient du séquestre officiel (réglement 84A(1)) des exemplaires du certificat de cession présumée, comme il suit:

(A) les créanciers refusent d'accepter la proposition (art. 39(2) et formule 40A);

(B) le tribunal refuse d'approuver la proposition (art. 41(11) et formule 42B);

(C) le tribunal annule la proposition (art. 43(6) et formule 43A).

***Le syndic obtient également du séquestre officiel un certificat ordinaire de nomination (article 31(a), règlement 80 et formule 32).

***Ces deux certificats constituent la preuve péremptoire de sa nomination provisoire comme syndic (art. 41(11) et 43(5) et règlement 56).

***Le syndic dépose les certificats dans ses registres (art. 13(6)).

***Le syndic doit agir immédiatement pour sauvegarder les biens du failli au nom des créanciers, de la manière suivante.

***Si une partie des biens du failli a été saisie, le syndic doit produire ou enregistrer auprès du tribunal des documents relatifs aux actes des créanciers saisissants, c'est-à-dire:

(1) les avis de suspension de poursuites (article 49(1));

(2) les copies certifiées du certificat des cessions présumées, comme il suit:

(A) les créanciers refusent la proposition (art. 39(2) et formule 40A);

(B) le tribunal refuse d'approuver la proposition (art. 41(11) et formule 43B);

(C) le tribunal annule la proposition (art. 43(4) (5) et formule 43A adaptée).

***Le syndic peut alors recouvrer les biens saisis (art. 50(1) et 51(2)(3)(4)):

---Dans l'affaire Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Limited c. Charisma Fashions Limited (1972) 27 D.L.R. (3e) 392 infirmant (1972) 15 C.B.R. n.s. 53.

***Le syndic doit également produire ou enregistrer ces documents pour tous les autres procès faits par les créanciers (article 49(1)).

Ainsi que le mentionne la Partie III de la présente étude, intitulée "Administration du syndic avant la première assemblée des créanciers", si une partie quelconque des biens du débiteur a été saisie avant que le créancier saisissant ait reçu avis de la proposition et de la suspension des poursuites, les voies d'exécution ultérieures sont alors suspendues et le syndic ne peut pas automatiquement recouvrer une partie quelconque des biens saisis, à moins d'être nommé séquestre provisoire, car, autrement, le titre de propriété des biens saisis n'est pas dévolu au syndic, à cause de la nature des propositions. En outre, pour ce même motif, tant qu'il n'y a pas faillite, les créanciers propriétaires de biens en la possession du débiteur peuvent les recouvrer sans faire une réclamation de biens (article 59, règlement 92.1 et formule 51.1 rendus inapplicables par l'article 46(1)):

---Affaire Bertone Construction Co. Ltd.: Grobstein c. Watson, Jack, Hopkins et al. (1960) 2 C.B.R. n.s. 30, à la p. 36.

Dans une proposition acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal, le débiteur aurait conservé toute sa capacité juridique, et le syndic n'aurait pas obtenu capacité.

Toutefois, une fois la faillite déclarée, les biens du débiteur passent et sont dévolus au syndic (art. 50(5)), le syndic a le pouvoir de réclamer les biens saisis du débiteur et d'obliger les propriétaires-créanciers saisissants de produire des "preuves de réclamations de biens" (art. 59(4), règlement 92.1 et formule 51.1) quant aux biens en possession du débiteur devenu le failli "à la date de la faillite". Dans les cas où les créanciers refusent la proposition (art. 39(1)) et où le tribunal refuse de l'approuver (art. 41(10)), la rétroactivité de la cession présumée à la date de la production de la proposition (art. 42(1)) invalidera les saisies faites par les propriétaires-créanciers qui censément étaient valides pour la seule et unique raison que le débiteur, non le syndic, avait entière capacité sur les biens. Ainsi qu'on l'a cependant souligné dans l'arrêt Charisma Fashion mentionné plus haut, (traduction) "... chaque créancier doit recevoir notification de la proposition pour savoir que la personne insolvable pourrait ultérieurement être réputée failli à compter de la date de la production de la proposition..." (p. 395). Cela comprend le créancier qui a l'intention de saisir à titre de propriétaire, et qui tente d'éviter le syndic, prétendant que les biens saisis sont les siens et non ceux du débiteur. La simple affirmation de la créance de biens n'est pas nécessairement valable. Une fois que la rétroactivité a annulé la saisie, le syndic de la faillite a le pouvoir d'exiger que le propriétaire-créancier produise une preuve de réclamation de biens (art. 59(4), règlement 92.1 et formule 51.1) afin de justifier ce qu'il a fait (art. 59(3)). Le syndic a donc le pouvoir de contester la réclamation (art. 59(2)) et, si cela est nécessaire de recouvrer les biens saisis (art. 12(3)(5)(6)):

---L'affaire Charisma Fashion mentionnée plus haut.

Lorsqu'une proposition approuvée est annulée, la faillite ne commence qu'à la date de l'annulation (art. 43(4)) et n'est pas rétroactive. Parce que les "réclamations de biens" conformément à l'article 59 concernent les biens "... en la possession du failli à l'époque de la faillite...", le syndic en matière de faillite après l'annulation ne peut utiliser la procédure de l'art. 59(4) pour obliger le créancier saisissant de justifier une saisie terminée avant l'annulation. S'il existe des raisons de recouvrer les biens saisis en attaquant le titre du créancier saisissant qui prétend être le propriétaire, le syndic n'a pas la faculté d'obliger le créancier saisissant de prouver le bien-fondé de son titre (art. 59(3)), mais doit intenter des poursuites pour recouvrer la possession et prouver les défauts qu'il prétend voir dans le titre du créancier sur les biens saisis.

***Le syndic doit informer le directeur de la banque du failli (art. 56) que le failli a fait une cession et doit saisir tous les comptes de banque du failli (art. 12(2)(3)).

***Si le failli possède des biens immobiliers, le syndic doit enregistrer un titre au bureau d'enregistrement des titres de propriété portant sur le terrain du failli afin d'effectuer la cession du droit de propriété ou du titre en <u>équité</u> à lui-même en sa qualité de syndic (art. 50(5) et 52(1)(2)) ainsi que les copies conformes de la cession, certifiées par le séquestre officier, comme il suit:

(A) les créanciers refusent la proposition (art. 39(2) et formule 40A);

(B) le tribunal refuse d'approuver la proposition (art. 41(11) et formule 42B);

(C) le tribunal annule la proposition (art. 43(6) et formule 43A).

***Lorsque la proposition est rejetée, si le quorum est atteint, le syndic doit aussitôt convoquer une assemblée des créanciers qui sont présents à ce moment-là, et cette assemblée sera réputée être la première assemblée des créanciers liés à la faillite (art. 39(1)(a) et 80(1)(5)).

> En vertu de la Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28, "Dans chaque texte législatif... "doit" ou "devra", devant un infinitif, exprime une obligation".

***La procédure lors de la première assemblée des créanciers d'une faillite et les obligations du syndic qui en découlent sont régis par la procédure ordinaire en matière de faillite suivie par le syndic.

XI - ABSENCE DE QUORUM - ADMINISTRATION PROVISOIRE

***Puisque l'article 35 permet aux créanciers de voter par correspondance, sans nécessairement être présents, le syndic peut, dans le cas du rejet de la proposition, ne pas réunir le quorum pour la tenue de la première assemblée des créanciers.

***Lorsque, à la suite d'un jugement du tribunal, la proposition devient une cession présumée, le quorum n'est certainement pas atteint.

***Le syndic doit, dès que possible:

(1) visiter le domicile et l'établissement d'affaires du failli (art. 12(6) et 138),

(2) prendre possession des livres, des dossiers et des biens du failli (art. 12(2 à 6), 13(7), 129(b) et 171(2)),

(3) dresser un inventaire matériel complet,

(4) prendre des mesures conservatoires en ce qui concerne les biens du failli (article 12(7)(a)) et intenter des poursuites judiciaires de caractère urgent, au besoin (art. 12(9) et 162(1)(h)).

***En vertu de l'article 13(1), le syndic doit immédiatement assurer à titre provisoire et tenir assurés, en son nom officiel ("Le syndic de l'actif de _____, failli" (art. 11), tous les biens assurables du failli pour la somme et contre les risques qu'il peut juger à propos. Si les biens du failli étaient assurés avant la saisie du syndic, l'assurance du failli est automatiquement transmise au syndic, sans avis à l'assureur, ni autre mesure de la part du syndic (article 13(2)).

***Le syndic doit immédiatement convoquer la première assemblée des créanciers (art. 39(1)(b), 41(10), 43(5) et 80) de la manière suivante:

***Le syndic prépare l'avis qui s'applique à l'une des situations suivantes:

(a) les créanciers rejettent la proposition (art. 39(1) et formule 46A)

(b) le tribunal refuse d'approuver la proposition (art. 41(10) et formule 46B)

(c) le tribunal annule la proposition (art. 43(4) et formule 46B modifiée).

***Le syndic fait parvenir les avis qui précèdent par courrier recommandé (art. 80(1) et règle 37(2)):

(1) aux créanciers

(2) au surintendant (art. 13(11)(a))

(3) au statisticien fédéral (art. 13(11)(a))

***Le syndic prépare, pour la publication, l'avis qui s'applique à l'une des situations suivantes:

(a) les créanciers rejettent la proposition (art. 39(1) et formule 47A)

(b) le tribunal refuse d'approuver la proposition (art. 41(10) et formule 47B)

(c) le tribunal annule la proposition (art. 43(4) et formule 47B modifiée).

***Le syndic publie les avis qui précèdent:

(1) dans un journal local, au moins six jours avant l'assemblée (art. 80(4)) et

(2) dans la Gazette du Canada, aussitôt que possible après la faillite (art. 80(3) et 182).

***Le syndic adresse au failli, par courrier recommandé, un avis de la première assemblée des créanciers (art. 80(1), règle 37(2) et formule 46).

***Le syndic délivre également au failli une copie du certificat de cession présumée, endossée par le séquestre officiel, assignant le failli à se présenter pour subir un interrogatoire sur sa conduite, les causes de sa faillite et l'aliénation de ses biens (art. 129(c), règle 84A (2) et formule 40A).

***Le syndic doit conserver au dossier des exemplaires de tous les avis expédiés, ainsi que les récépissés de courrier recommandé (article 13(6)).

***Si une assemblée avec quorum a déjà été tenue, le syndic délivre les avis d'interrogatoire au failli et procède à l'établissement des droits des créanciers.

***Les créances des créanciers, qui peuvent être prouvées lors de la proposition, sont arrêtées à la date du dépôt de la proposition (art. 95(4) et 42(1) et sont prouvables lors de la faillite pour leur plein montant, moins tout dividende payé en vertu de la proposition (art. 95(5), 106(1), 41(5) (8) et 43(2); règle 92).

***Si le syndic conteste une ou plusieurs des créances produites, il doit déposer dans le compte en fiducie une somme suffisante pour les acquitter, ou encore disposer de la somme à payer pour les créances contestées de façon à ce qu'il soit possible d'en payer les dividendes si elles sont admise subséquemment.

---Re: Mohawk Sports Equipment Limited (1971) 15 C.B.R. n.s. 63.

***Les sommes que le syndic a reçues du débiteur afin de payer le prochain dividende et qui n'ont pas été distribuées ne sont pas gardées en fiducie pour les créanciers visés par la proposition, mais appartiennent au débiteur et passent du syndic de proposition au syndic de faillite pour être distribuées à tous les créanciers impliqués dans la faillite.

---In re: Allflex Company Limited (1962) 3 C.B.R. n.s. 80, à la p. 83.

***Toutes les autres mesures en matière de faillite sont régies par la procédure suivie par le syndic en matière de faillite ordinaire.

XII - PARTICIPATION DU SYNDIC A LA PREMIERE ASSEMBLEE DES CREANCIERS DANS LES CAS DE CESSIONS PRESUMEES

***Le séquestre officiel préside la première assemblée des créanciers pour les cessions présumées (art. 83(1)).

***Les créanciers peuvent, par résolution ordinaire (art. 39(1), 41(10), 43(5), 80(5) et 93 - formule 6):

(1) confirmer la nomination du syndic de la proposition, ou

(2) nommer ou substituer un autre syndic (règle 56 et formule 32).

***Si le syndic est remplacé, se reporter à la partie XIII de cette étude, intitulée "Action de l'ancien syndic en cas de substitution."

***Si la nomination du syndic est confirmée, le syndic doit:

(1) préparer des copies du procès-verbal de la première assemblée (art. 84(4)(5) et 92),

(2) porter une attention spéciale aux instructions des créanciers (art. 80(5)),

(3) conserver les procès-verbaux dans ses registres (art. 13(6)),

(4) suivre la procédure normale en matière de faillite pour l'administration de la masse, et pour les demandes de libération de la faillite, de la part du débiteur et du syndic.

XIII - ACTION DE L'ANCIEN SYNDIC EN CAS DE SUBSTITUTION

***Advenant la nomination d'un nouveau syndic, l'ancien syndic doit alors remettre immédiatement au nouveau syndic (art. 18(1) et 50(5)) tous les livres et registres des biens (art. 12(2), 13(6)(7) et 173(1)(e)) ainsi que tous les biens du failli.

***Le syndic prépare un relevé des recettes et dépenses (art. 122 et 123(2), règle 62 et formule 54, applicables en vertu de l'article 46(1)), relevé devant inclure le détail complet de:

(1) toutes les sommes reçues par le syndic et prélevées sur les biens du failli ou d'autres sources (art. 123(1));

(2) le montant des intérêts perçus par le syndic (art. 123(1));

(3) toutes les sommes déboursées et les frais subis (art. 123(1));

(4) la rémunération réclamée par le syndic (art. 123(1));

(5) les reçus comprennent les sommes versées par le débiteur, mais n'ayant pas encore été distribuées aux créanciers, à titre de dividendes (art. 41(5)).

Les reçus portent normalement, en outre, sur les sommes saisies et toutes les sommes réalisées par aliénation des biens du débiteur.

Les honoraires qu'il est permis d'inclure dans la rémunération du syndic, en vertu de la Loi sur la faillite, comprennent:

(1) les frais exigés pour le travail de préparation de la pronosition concordataire et de présentation à la première assemblée des créanciers et, si elle a été acceptée, de présentation au tribunal (art. 21(2)(4));

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 C.B.R. 392,

---In re Sellers Kitchen Cabinests Limited (1922) 2 C.B.R 306, à la p. 307.

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1922) 17 CBR ns 111.

(2) si le syndic a été nommée séquestre intérimaire; (art. 29), les honoraires pour les services rendus à ce titre;

(3) si le syndic a surveillé les affaires du débiteur en vertu de disposition à cet effet dans la proposition de concordat (art. 37), les honoraires pour les services rendus à ce titre;

(4) tout honoraire particulier dont le paiement par le débiteur aurait été convenu (art. 21(3), sous réserve de changements par le tribunal (section 21(5))

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.

(5) si le syndic de la proposition de concordat est devenu le syndic pour la cession présumée par le débiteur, les honoraires pour les services rendus, en qualité de syndic de la faillite, jusqu'à la substitution du syndic, (art. 50(5), 12(2)(3), 49(1) et 80).

***Le syndic doit expédier le relevé des recettes et dépenses sous pli recommandé (règle 37(2)) au surintendant (art. 123(3)(4) et 13(11)(c)(12)).

***A la réception de toute observation que le surintendant peut faire (art. 123(4)), l'ancien syndic obtient du tribunal une date d'audition de sa demande d'approbation des comptes.

***Le syndic prépare les pièces suivantes:

(1) un préavis d'au moins quatre (4) jours de sa demande d'approbation des comptes (art. 18(1), règles 61, 5(1), 106 et 107 et formule 8);

(2) une copie du relevé des recettes et dépenses (art. 112 et 123(1), règle 61 et formule 54).

***L'ancien syndic doit signifier ces deux pièces sous pli recommandé (règles 5(3), 37(2) et 61) aux personnes suivantes:

(1) chaque créancier qui a prouvé sa créance (sauf dispense du registraire (règle 61)).

(2) le registraire (art. 13(11)(c) et règle 61(b));

(3) le failli (règle 61(e));

(4) le nouveau syndic (règle 61(d));

(5) le surintendant (art. 13(11)(c)(12) et 123(3)(4) et règle 61(e)).

***L'ancien syndic prépare pour le tribunal sa demande d'approbation des comptes (art. 18(1) et les formules 9 et 54).

***L'ancien syndic doit aussi faire confirmer sa demande par déclaration sous serment (règle 61A et formule 10).

***L'ancien syndic doit également présenter toute observation que le surintendant a pu faire (art. 123(4)).

***La rémunération des services de l'ancien syndic est fixée par le tribunal (art. 18(2)(e), 23(3) et 162(1)(i)(4)(5), selon les services effectivement rendus par l'ancien syndic, avec répartition adaptée entre lui et le nouveau syndic, au besoin (art. 21(4)).

> Même dans les cas où il y a eu une entente entre le débiteur et le syndic touchant la rémunération du syndic (art. 21(3)), la rémunération du syndic doit être tarifiée par le tribunal:
>
> ---L'Hôtel du Lac St-Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la p. 15.
>
> ---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.
>
> ---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

Même si de telles ententes ont force exécutoire, le tribunal ne permet pas le paiement d'honoraires exorbitants pour la simple raison que le débiteur y a consenti, au détriment des créanciers.

---L'Hôtel du Lac St-Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la p. 15,

---In re Roy (1963) 4 C.B.R. n.s., à la p. 279.

En règle générale, lorsque le syndic n'a pas réalisé de biens, le tribunal accorde une somme n'excédant pas sept et demi pour cent des recettes nettes (art. 21(2), applicable en vertu de l'art. 46(1)).

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 C.B.R. 392, aux pp. 393 et 395.

Si le syndic n'a pas réalisé de recettes, le tribunal "évalue du mieux la valeur des services prodigués et, à cette fin, il semble ... approprié de prendre en considération la valeur des biens du débiteur, ainsi que les difficultés auxquelles le syndic peut devoir faire face en aidant le

débiteur à faire un bilan approprié de ses affaires pour être en mesure de donner aux créanciers les informations nécessaires à ce sujet et leur permettre de parvenir à une décision quant à l'acceptation ou au rejet de la proposition de concordat..."

---In re Sellers Kitchen Cabinets Limited (1922) 2 C.B.R. 306, à la p. 307.

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

> "A la demande du syndic, d'un créancier ou du débiteur et après avis aux parties que peut ordonner le tribunal, ce dernier peut rendre une ordonnance augmentant ou réduisant la rémunération" (art. 21(5)).
>
> ---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.
>
> Lorsque le syndic affirme qu'il a pour habitude, lorsque la proposition est approuvée, de n'imposer que la moitié du taux de rémunération stipulé à l'article 21(2), ou 3 3/4 pour cent du total des dettes ordinaires et privilégiées, le tribunal établit la rémunération du syndic à ce chiffre.
>
> ---Re Quality Smoked Meat Limited (1961) 13 C.B.R. n.s. 217.

***La rémunération et les dépenses de l'ancien syndic sont payées par le nouveau syndic dès qu'il y a des disponibilités à cette fin, comme pour un droit privilégié (art. 18(2)(e) et 107(1)(b)(i)(2)).

> ---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.
>
> Lorsque la proposition est refusée, soit par les créanciers soit par le tribunal, le débiteur est réputé avoir fait une cession au jour du dépôt de la proposition (art. 39(1) et 41(10)) et le certificat de cession délivré par le séquestre officiel a le même effet qu'une cession produite par le débiteur (art. 39(2), 41(11) et 31); dans ce cas, le débiteur est réputé failli à compter du jour du dépôt de la proposition, et le syndic de proposition est réputé

avoir administré la faillite à compter de ce jour, de sorte que le syndic a droit à un paiement privilégié. Le jugement prononcé par le tribunal dans l'affaire Mc Cartney Sales and Service Ltd. (1955) 35 C.B.R. 61, voulant que le syndic n'était pas privilégié dans de telles circonstances, mais ne possédait que des droits ordinaires, a été rendu caduc par les articles précédemment mentionnés, introduits dans la Loi sur la faillite par les modifications de 1966.

---Re Mastrogiovanni (1971) 16 C.B.R. n.s. 261.

Lorsqu'une proposition approuvée est annulée, même si l'annulation ne rend pas la faillite rétroactive (art 43(4)), le syndic devient créancier privilégié pour les services rendus lors de la proposition et de la faillite subséquente, jusqu'à son remplacement (art. 107, applicable en vertu de l'art 46(1)).

---Perras c. Boulet (1959) 38 C.B.R. 168, confirmant (1958) B.R. 823.

***Le tribunal entend la demande de l'ancien syndic en vue de l'approbation de ses comptes. A ce stade, on dispose de toutes les demandes de règlement et les objections formulées par le failli ou les créanciers, ainsi que toutes les requêtes et de tous les appels (art. 23(3)(4)).

***Après la tarification de ses comptes, l'ancien syndic:

(1) produit une copie de l'état des recettes et dépenses devant le tribunal (art. 13(11)(c) et 123(1)(5); formules 54 et 55) et

(2) en fait parvenir une autre copie, dûment recommandée, au statisticien fédéral (article 13(11)(c)).

***L'ancien syndic conserve dans ses dossiers copie de tous les documents qui précèdent, ainsi que les récépissés de courrier recommandé (art. 13(6)).

***Trois mois après le règlement final des demandes de règlement, objections, requêtes et appels par le tribunal (art. 23(3)(4)) ou trois mois après la substitution (art. 23(3)), selon la date qui est la plus récente, l'ancien syndic fait une demande de libération comme suit (art. 23(1)(3)):

***L'ancien syndic obtient du tribunal une date d'audience pour sa demande de libération (formule 15).

***L'ancien syndic prépare les documents qui suivent:

(1) un avis de demande de libération (art. 123(5)(c), règle 63(b) et formule 56)

(2) sa demande de libération (art. 23(1), règle 63 et formule 15).

***Le syndic joint à ces deux documents copie de son état des recettes et dépenses tarifié (art. 123(5)(a), règle 63(b) et formule 55).

***L'ancien syndic fait parvenir ces documents, par courrier recommandé, (règle 37(2)) aux personnes suivantes:

(1) chaque créancier qui a prouvé sa créance (règle 61(a)),

(2) le registraire (article 13(11)(c) et règle 61(b)),

(3) le failli (règle 61(c)),

(4) le surintendant (art. 13(11)(c)(12)).

***L'ancien syndic conserve dans ses dossier copie de ces documents, ainsi que les récépissés de courrier recommandé (art. 13(6)).

***L'ancien syndic présente au tribunal les documents qui suivent:

(1) sa demande de libération (art 23(1), règle 63 et formule 15),

(2) une déclaration sous serment confirmant cette demande de libération (règle 63(a)),

(3) une copie de l'avis de demande de libération (art. 123(5)(c), règle 63(b) et formule 56),

(4) une copie de l'état des recettes et dépenses tarifié.

***L'ancien syndic rédige und ordonnance de libération qu'il emporte avec lui à l'audience devant le registraire (art. 162(c)(f)(4)(5) et formule 17).

***Le tribunal entend la demande de libération de l'ancien syndic.

***Une fois qu'il a obtenu sa libération du tribunal, l'ancien syndic doit en faire parvenir une copie (formule 17) au surintendant, par courrier recommandé (règle 37(2)) et conserver dans ses dossiers une copie de l'ordonnance de libération, ainsi que les récépissés de courrier recommandé (art. 13(6)).

XIV - DEMANDE DE LIBERATION DU SYNDIC

La procédure de la présente partie s'applique après que la nomination du syndic a été confirmée par les créanciers, que ceux-ci ont accepté la proposition ou qu'ils l'ont rejetée.

Bien que le débiteur n'ait pas besoin d'une libération dans le cas d'une proposition approuvée, parce que ni son statut, ni sa capacité ne se trouvent aucunement touchés par la proposition, le syndic qui a été nommé par les créanciers et par le tribunal et qui s'est vu attribuer des fonctions en vertu de la proposition, doit être libéré de ces fonctions après qu'il s'en est pleinement acquitté.

***Le syndic doit réunir les documents suivants:

(1) un état des recettes et des dépenses (formule 54 adaptée aux propositions).
(2) un bordereau de dividende (art. 122 et 123(2)).

***L'état des recettes et des dépenses (art. 122 et 123(2), règle 62 et formule 54, applicables en vertu de l'art. 46(1)) doit contenir un relevé complet de:

(1) toutes les sommes reçues par le syndic et prélevées sur les biens du failli ou d'autres sources (art. 123(1)),

(2) le montant des intérêts reçus par le syndic (art. 123(1)),

(3) toutes les sommes d'argent déboursées et les dépenses engagées (art. 123(1)),

(4) et la rémunération réclamée par le syndic (art. 123(1)).

Les rubriques généralement comprises dans la rémunération du syndic, conformément aux dispositions de la Loi sur la faillite, sont:

(1) les frais pour le travail de préparation de la proposition et de présentation à la première assemblée des créanciers et, advenant son acceptation, au tribunal (art. 21(2)(4)),

---Affaire Brown: Ex parte Allen (1922)
2 C.B.R. 392, à la p. 393;

---Affaire Sellers Kitchen Cabinets Limited (1922)
2 C.B.R. 306, à la p. 307;

---Affaire Hennie Elkind (West End) Limited (1972)
17 CBR ns 111.

(2) si le syndic a été nommé séquestre intérimaire (art. 29), les services rendus à ce titre,

(3) si le syndic a surveillé les affaires du débiteur en conformité des dispositions contenues à cette fin dans la proposition (art. 37), les services rendus à ce titre,

(4) toute rémunération spéciale qui a été convenue par le débiteur (art. 21(3)), sous réserve de changement par le tribunal (section 21(5)).

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.

(5) si le syndic de la proposition est devenu le syndic de la cession présumée du débiteur, les frais pour les services rendus comme syndic de faillite jusqu'au moment de son remplacement (art. 50(5), 12(2)(3), 49(1) et 80).

***S'il y a des inspecteurs, les inspecteurs doivent approuver les deux documents (art. 38, 94(13)(14) et 123(3)).

***Le syndic doit également préparer un chèque en guise de paiement du prélèvement du surintendant sur les dividendes (art. 123(3)(4), 41(7), 118 et 107(1)(c)(2) et règle 108).

***Le syndic doit faire parvenir les documents sus-mentionnés et le chèque, sous pli recommandé (règle 37(2)), au surintendant (art. 13(11)(c)(12)) qui pourra faire des observations pertinentes (art. 123(3)(4)).

***A la réception de toutes les observations du surintendant (art. 123(4)), le syndic doit obtenir une date d'audience du tribunal afin de faire taxer ses comptes.

Même s'il y a eu entente entre le débiteur et le syndic quant à la rémunération de ce dernier (art. 21(3)), la rémunération du syndic doit être tarifiée par le tribunal.

---L'Hôtel du Lac Saint-Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la p. 15.

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

Bien que de telles ententes soient juridiquement exécutoires, le tribunal n'autorisera pas le paiement de frais exorbitants, simplement parce que le débiteur a accepté de le faire, au détriment des créanciers:

---L'Hôtel du Lac Saint-Joseph c. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14, à la p. 15,

---Affaire Roy (1963) 4 C.B.R. n.s. 275, à la p. 279.

D'ordinaire, lorsque le syndic ne s'est pas occupé de la réalisation des biens, le tribunal accordera une somme n'excédant pas 7½ % des revenus nets (art. 21(2)), applicables en vertu de l'art. 46(1):

---Affaire Brown: Ex parte Allen (1922) 2 C.B.R. 392, aux pp. 393 et 395.

A la demande du syndic, d'un créancier ou du débiteur, et après avis aux parties que peut ordonner le tribunal, ce dernier peut rendre une ordonnance augmentant ou réduisant la rémunération (art. 21(5)).

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.

Lorsqu'un syndic établit que, d'ordinaire, dans une proposition approuvée, il a l'habitude de demander la moitié du tarif de rémunération prévu à l'art. 21(2) ou 3 3/4 % du total des dettes privilégiées et ordinaires, le tribunal fixe la rémunération du syndic à ce montant:

---Affaire Quality Smoked Meat Limited (1961) 13 C.B.R. n.s. 217.

***A la date de l'audience, le syndic soumet sa demande, ainsi que les observations du surintendant, le cas échéant, afin de faire taxer ses comptes par le fonctionnaire taxateur (art. 123(4) et 162(1)(f)(i)(4)(5) et règle 62).

***Après la taxation de ses comptes et la fixation des frais judiciaires, le cas échéant (art. 168 et règles 38 et 41 à 46), le syndic doit faire entendre sa demande de libération par le tribunal (formule 15).

***Le syndic rassemble les documents suivants:

(1) une copie de l'état définitif des recettes et dépenses tarifié (art. 123(5)(a), règle 63(b) et formules 54 et 55),

(2) une copie du bordereau de dividende (art. 123(5)(b),

(3) un avis

(a) de dividende définitif et

(b) de sa demande de libération (art. 123(5)(c), règle 63(b) et formule 56);

***Le syndic dépose des copies de chacun de ces documents et les récépissés des envois recommandés dans ses registres (art. 13(6)).

***Le syndic attend quinze (15) jours à compter de la date d'envoi, afin de recevoir des avis d'opposition, le cas échéant (art. 123(5)(c)(6)).

***Après l'expiration du délai de quinze (15) jours ou après que toutes les oppositions et requêtes, ainsi que tous les appels ont été réglés ou qu'il en a été disposé (art. 23(4)), selon la dernière éventualité, le syndic paie un dividende définitif (art. 123(5)(c)).

***L'administration des biens est donc réputée terminée (art. 23(4)).

***Trente jours après le paiement du dividende définitif (art. 123(5)(c)), le syndic doit adresser au tribunal les documents suivants:

(1) sa demande de libération (art. 23(1), règle 63 et formule 15),

(2) une déclaration sous serment à l'appui de sa demande de libération (règle 63(a) et formule 16 adaptée aux propositions).

***Le syndic doit signifier ces documents sous pli recommandé (règle 37(2)) aux personnes suivantes:

(1) à chaque créancier qui a prouvé sa créance (règle 61(a)),

(2) au registraire (art. 13(11)(c) et règle 61(b)),

(3) au failli (règle 61(c)),

(4) au surintendant (art. 13(11)(c)(12)).

***Le syndic doit également faire parvenir, sous pli recommandé, (règle 37(2)) au statisticien fédéral les documents suivants:

(1) une copie de l'état définitif des recettes et dépenses tarifié (art. 13(11)(c)),

(2) une copie du bordereau de dividendes (art. 13(11)(c)).

(3) une copie de l'avis de dividende définitif (art. 123(5)(c)), règle 63(b) et formule 56),

(4) une copie de l'avis de demande de libération (art. 123(5)(c), règle 63(b) et formule 56),

(5) une copie de l'état tarifié des recettes et des dépenses,

(6) le bordereau de dividende.

***Le syndic prépare une ordonnance de libération qu'il soumettra lors de l'audience (art. 23(6) et 162(c)(f)(4)(5) et formule 17).

***Le tribunal entend la demande de libération du syndic.

***Après avoir obtenu sa libération du tribunal, le syndic doit en faire parvenir une copie au surintendant (art. 5(2)(3)(d), sous pli recommandé (règle 37(2).

***Le syndic doit déposer une copie de l'ordonnance de libération et les récépissés d'envois recommandés dans ses registres (art. 13(6)).

***La libération entraîne la libération de la garantie fournie, lors de la nomination, au séquestre officiel (art. 23(9)).

***Le cautionnement est gardé par le séquestre officiel contre des réclamations futures possibles portés contre le syndic dans un délai fixée par les lois provinciales relatives à la prescription.

***Le syndic doit fermer le compte bancaire en fiducie (art. 13(3)(4)(5)).

***Le syndic qui a été libéré demeure de facto le syndic (art. 23(10)).

***Le syndic libéré doit conserver tous les livres, registres et documents (art. 13(6)(7) se rapportant à l'administration de la proposition durant les vingt (20) années qui suivent sa libération (règle 64(1)(2)). S'il a fallu prendre possession de tous les livres, registres et documents personnels du débiteur en qualité de séquestre intérimaire, pour ce qui touche à la proposition (art. 29) ou dans l'exercice des pourvoirs de surveillance des affaires du débiteur, prévus dans la proposition (art. 37) ou à titre de syndic de la faillite du débiteur avant que la proposition soit acceptée (art. 32(2)(b)), le syndic doit rendre les livres, registres et documents personnels du débiteur (règle 64(6)), après qu'il a reçu sa libération (art. 23(6)).

Colloque sur la faillite
Montréal
le 23 novembre 1973.

Notes de travail sur LA FONCTION DU SEQUESTRE INTERIMAIRE EN MATIERE DE FAILLITE

L. Claude Mercure, C.A.

TABLE DES MATIERES

LA FONCTION DU SEQUESTRE INTERIMAIRE EN MATIERE DE FAILLITE

		Page
I	INTRODUCTION	1
II	MOTIFS DE LA NOMINATION DU SEQUESTRE INTERIMAIRE	6
III	AVIS DE LA REQUETE AU DEBITEUR	9
IV	RESPONSABILITE CIVILE DU REQUERANT	9
V	FONCTIONS ET OBLIGATIONS DU SEQUESTRE INTERIMAIRE	10
VI	RESPONSABILITE DU SEQUESTRE INTERIMAIRE	14
VII	REMUNERATION DU SEQUESTRE INTERIMAIRE	15

LA FONCTION DU SEQUESTRE INTERIMAIRE EN MATIERE DE FAILLITE

I. Introduction

Le séquestre est la personne nommée à la demande d'une partie pour recevoir ou recouvrer les loyers, revenus et bénéfices auxquels une autre a droit. Il peut protéger et conserver, souvent même il est obligé de le faire, les biens sur lesquels il est chargé de recevoir ou de recouvrer les loyers et autres paiements. Il est nommé soit par le tribunal, soit hors cour, par des personnes ou des sociétés. Dans le premier cas, il est officier de justice, investi de pouvoirs par le tribunal; dans le second cas, il est le représentant des parties et ses pouvoirs, fonctions et obligations sont définis par l'acte ou la loi en vertu desquels il est nommé, et découlent du droit général du mandat.

Le plus ordinairement, les nominations hors cour découlent d'un contrat d'hypothèque, de gage ou de fiducie; l'acte confère souvent au créancier hypothécaire, au gagiste ou au fiduciaire, le pouvoir de désigner un séquestre dans certains cas stipulés, par example, le défaut du débiteur ou de la société sur son emprunt ou son obligation, ou lorsque les biens sur lesquels une hypothèque ou un privilège ont été accordés au créancier sont menacés. Généralement, les pouvoirs conférés par les actes notariés ou autres documents sont plus étendus que ceux que confèrent les Judicature Acts (lois des tribunaux) ou les législations semblables en vigueur dans les provinces.[1]

Le tribunal a de plein droit juridiction "en équité" pour désigner un séquestre lorsqu'une partie à une instance le demande. La requête peut être adressée au tribunal lorsque le demandeur ne possède aucun droit contractuel de désigner le séquestre, et même lorsque d'autres parties ayant également

(1) Voir les lois citées ci-dessous. L'article 61 du Business Corporations Act (loi des sociétés commerciales) du chapitre 53 des Revised Statutes of Ontario 1970, interdit de désigner le fiduciaire en vertu de quelqu'acte que ce soit, aux fonctions de séquestre, administrateur-séquestre, ou liquidateur de société. Cette loi ne réglemente pas les pouvoirs et fonctions du séquestre.

droit ont déjà nommé un séquestre. Les cours supérieures de toutes les provinces sont légalement compétentes pour nommer un séquestre, par jugement interlocutoire, dans tous les cas où il apparaît au tribunal qu'il serait juste et opportun de le faire.[1] La loi confère au tribunal ayant juridiction

---

(1) Québec - Code Civil - Articles 1817 et suivants.
Colombie-Britannique - Laws Declaratory Act (loi déclaratoire), Revised Statutes 1960, chap. 213, art. 2 (modifié par le chap. 27 des Statuts de 1964).
Alberta - Judicature Act (loi des tribunaux), Revised Statutes 1970, chap. 19, art. 39, par. 9
Saskatchewan - Queen's Bench Act (loi des tribunaux du Banc de la reine) Revised Statutes 1965, chap. 73, art. 45, par. 8
Manitoba - Court of Queen's Bench Act (loi des tribunaux du Banc de la reine), Revised Statutes 1970, chap. C-28, art. 59, par. 1
Ontario - Judicature Act (loi des tribunaux), Revised Statutes 1970, chap. 228, art. 19, par. 1
Nouvelle-Ecosse - Supreme Court Rules (Règlements de la Cour suprême) règles 15a - 22
Nouveau-Brunswick - Judicature Act (loi des tribunaux), Revised Statutes 1952, chap. 120, art. 35
Terre-Neuve - Judicature Act (loi des tribunaux), Revised Statutes 1970, chap. 187, art. 21, al.(m)
Ile-du-Prince-Edouard - Si le Judicature Act (loi des tribunaux) ne renferme aucune disposition à cet égard, les articles 2 et 3 du Chancery Act (loi des tribunaux d'équité), chap. 21 des Revised Statutes 1951, confère à la "Cour de chancellerie" les pouvoirs qu'exerçait le Master of the Rolls (Maître des rôles) d'Angleterre lorsque fut promulguée la loi 11 Victoria, chap. 6 de Grande-Bretagne. La Cour de chancellerie de l'Ile-du-Prince Edouard garde donc compétence pour désigner le séquestre, conformément à la coutume d'Angleterre. Ce n'est qu'à l'Ile-du-Prince-Edouard qu'existe encore une "Cour de chancellerie" distincte.

en matière de faillite le pouvoir de désigner le séquestre intérimaire. Le paragraphe 1 de l'article 28 et le paragraphe 1 de l'article 29 de la Loi sur la faillite, chapitre B-3 des Statuts révisés du Canada 1970, confèrent ce pouvoir au tribunal.

Article 28(1):

> "S'il est démontré que la chose est nécessaire pour la protection de l'actif, le tribunal peut, à tout moment après la production d'une pétition et avant qu'une ordonnance de séquestre ait été rendue, nommer un syndic autorisé comme séquestre intérimaire des biens du débiteur, ou de toute partie de ces biens...."

Article 29(1):

> "La cour peut, à toute moment après la production d'une proposition aux termes de l'article 42, nommer le syndic désigné dans la proposition ou un autre syndic, ou le syndic désigné dans la proposition et un autre syndic conjointement, à titre de séquestre intérimaire de la totalité ou de toute partie des biens du débiteur....."

Article 30:

> "Les articles 25 à 28 ne s'appliquent pas aux particuliers s'occupant exclusivement de pêche, d'agriculture ou de culture du sol, ni à un particulier qui travaille pour un salaire, un traitement, une commission ou des gages, ne dépassant pas deux mille cinq cents dollars par année et qui n'exerce pas un commerce pour son propre compte."

On voit d'après les dispositions qui précèdent de la Loi sur la faillite qu'en vertu du paragraphe 1 de l'article 28, le tribunal peut désigner le séquestre intérimaire à la requête d'un créancier. Au cas de proposition sous le régime du paragraphe 1 de l'article 29, le syndic désigné dans la proposition peut demander à être nommé séquestre intérimaire, et tout autre créancier que touche le dépôt de la proposition peut présenter une requête semblable. Bien que l'article 153 confère au tribunal de faillite la compétence nécessaire, cette

cour, à moins d'être saisie d'une requête, ne désigne pas de séquestre intérimaire. Voir l'article 29(3) de la loi.

La nomination par le tribunal de faillite d'un séquestre intérimaire (ou d'un syndic après l'ordonnance de séquestre) peut porter atteinte aux nominations antérieures de séquestre soit par les intéressés qui y ont droit en vertu d'un acte notarié ou d'un autre document, soit par un autre tribunal que le tribunal de faillite, sur requête d'une partie. Dans l'affaire de Laval Transport Inc. c. Chartré (1957), (Cour du Banc de la Reine de Québec (Cour d'Appel) 263), la compagnie n'a pas respecté son engagement de verser l'intérêt des obligations, et le fiduciaire des créanciers obligataires a avisé la compagnie que le plein montant des obligations était échu, et l'a mise en demeure de lui remettre la totalité de l'actif. Le même jour, un autre créancier de la compagnie a présenté une requête en faillite. Un séquestre intérimaire a été nommé, mais la requête contestée a été référée à un juge. Le séquestre intérimaire a été autorisé par jugement "à entrer en possession de l'actif de la débitrice et à exploiter son commerce, mais l'autorisation et la possession se bornent aux actes de nature conservatoire, sans droit de transférer ni aliéner aucune concession exploitée par la débitrice". Le fiduciaire des créanciers obligataires a ensuite fait signifier une requête, présentable devant un juge de faillite, concluant à ce que soit rendue une ordonnance autorisant le fiduciaire à prendre possession de l'actif de la compagnie et sommant le séquestre intérimaire de remettre cet actif au fiduciaire. La compagnie a soutenu que cette requête ne devait être entendue que par suite d'une Ordonnance de Séquestre, et que jusqu'au jugement de faillite, le fiduciaire n'avait de recours qu'auprès des tribunaux civils ordinaires. Le juge de première instance a décidé que la requête du fiduciaire avait préséance et lui a fait droit. Son jugement a été confirmé en appel. La cour d'appel a jugé qu'elle n'a pas à intervenir dans la pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de déterminer la question à juger en premier lieu. Le fiduciaire avait évidemment le droit de poursuivre le séquestre intérimaire comme il l'a fait parce que ce dernier a été mis en possession (quoiqu'à titre temporaire seulement) de l'actif entier de la compagnie. La compagnie qui avait conservé son droit de propriété jusqu'à cette date a été mise en cause et aucun préjudice n'a donc été causé à ses droits. La procédure indiquée dans le cas du séquestre intérimaire, est la requête conforme aux règles de la faillite, non la procédure des tribunaux civils ordinaires.

De même, la nomination faite par le tribunal de faillite peut toucher les droits des personnes intéressées aux biens du failli, ou du débiteur lié par une proposition; la question se pose à savoir si dans le premier cas, les nominations antérieures sont annulées, et si dans le second cas, lorsqu'aucun séquestre n'a été nommé auparavant, l'intéressé, qui est ordinairement le créancier hypothécaire ou gagiste qui a droit à la possession du bien avant le séquestre intérimaire, est dépossédé.

Dans plusieurs causes en Angleterre, il a été jugé que le séquestre désigné par le tribunal ne peut être libéré que par ordonnance du tribunal, à moins que le mandat n'ait été conféré que pour un temps limité, et même si les circonstances ultérieures ont rendu cette nomination inopérante. Par exemple, lorsque le débiteur tombe en faillite, ou que par la suite la compagnie est liquidée, la faillite ou la liquidation n'ont pas pour effet de libérer le séquestre désigné par le tribunal: voir Skip c. Harwood (1747), 3 Atk. 564; Taylor c. Eckersley (1877), 5 Ch. D. 740; Deacon c. Arden (1880) 50 L.T. 584; Re Joshua Stubbs Ltée, Barney & Joshua Stubbs Ltée (1891) 1 Ch. 475 (C.A.). Cependant, le mandat du séquestre nommé par les parties hors cour a été jugé d'une durée déterminée, dans l'affaire Thomas & Todd (1926) 2 K.B. 511. Dans l'affaire Parker & Parker Ex. p. Official Receiver (1884) 1 Morr. 39, cependant, le tribunal a jugé que le pouvoir conféré par la loi au tribunal de faillite de suspendre toute action contre les biens ou la personne du débiteur, implique le pouvoir de libérer le séquestre nommé dans l'instance.

Quant aux tiers possédant un gage ou un privilège sur les biens du débiteur, leurs droits ne sont pas atteints par la nomination du séquestre, mais s'ils ne sont pas en possession des biens, puisque le tribunal en assigne la possession et l'administration au séquestre intérimaire; ils ne peuvent faire valoir leurs droits sans l'autorisation de la cour, à moins que l'ordonnance n'excepte expressément ces biens ou ne soit rédigée sans préjudice à leurs droits. Comme M. David E. Baird le fait observer dans son important article, page 215 du volume 13 des Canadian Bankruptcy Reports (nouvelle série), lorsqu'un tiers a un droit incontestable à la possession, le séquestre intérimaire agira judicieusement en renonçant à la possession.

II. Motifs de la nomination

Le paragraphe 1 de l'article 28 et l'aliéna (a) du paragraphe 3 de l'article 29 de la Loi sur la faillite prévoit que le tribunal peut nommer un séquestre intérimaire "s'il est démontré que la chose est nécessaire pour la protection de l'actif du débiteur"; mais dans le cas d'une proposition de concordat présentée par le débiteur insolvable en vertu de l'article 42, le tribunal peut aussi désigner un séquestre intérimaire "lorsque au moins cinq pour cent des créanciers non garantis, représentant en valeur ving-cinq pour cent au moins des créanciers non garantis, le demandent." (alinéa (b) du paragraphe 3 de l'article 29.)

Quels sont les faits qui convaincraient la cour de la "nécessité" exigée par le paragraphe 1 de l'article 28 et l'alinéa (a) du paragraphe 3) de l'article 29? Comme la détermination de la "nécessité" comporte une part de discrétion, il est inévitable que l'usage à cet égard varie d'un district judiciaire à l'autre. Rares sont les jugements rendus au Canada qui éclaircissent le sujet. M. David Baird les étudie dans le précieux article cité plus haut; plusieurs de nos commentaires s'appuient sur cet article.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit avoir la certitude que la nécessité prime sur le tort que peut subir le commerce du débiteur ou de l'insolvable, par suite de la publicité qui entoure la nomination d'un séquestre intérimaire. Les faits allégués sous serment dans la requête présentée au tribunal justifient-ils que celui-ci prive le débiteur de la possession et de l'administration de ses biens pour les confier au séquestre? Le tort causé au débiteur est-il d'une telle ampleur qu'il le lèse irréparablement si la requête en faillite est rejetée à une date ultérieure? Rares sont ceux qui nient qu'il y a lieu de nommer un séquestre intérimaire lorsque le failli s'est enfui ou lorsque la fraude est évidente. Dans l'affaire Rosenstein (1921) 1 C.B.R. 393 (Québec), le tribunal a nommé un séquestre, car le créancier a allégué et prouvé que le débiteur avait caché, cachait et essayait de cacher ses biens dans le but de frauder ses créanciers. Dans l'affaire Xenos (1920) 1 C.B.R. 470 (Québec), le requérant allègue qu'il est impossible de signifier la requête en faillite au débiteur puisque ce dernier a abandonné le lieu de son commerce à Montréal et n'a pas de domicile connu dans la province de Québec; un séquestre fut nommé. Dans l'affaire Weiss & Co., Ex parte Brandram Henderson Ltée (1925) 5 C.B.R. 384 (Québec), une requête imputant fraude au débiteur est

accueillie; la preuve révéle qu'un administrateur de la compagnie, en son nom personnel, sans y être autorisé par une résolution du conseil d'administration et sans se conformer aux dispositions du Code civil sur la vente en bloc (Livre III, titre V, chapitre 1XA, articles 1569a à 1569e), a vendu et cédé tout l'actif de la compagnie.

Il ne suffit pas de déclarer sous serment au soutien d'une requête en nomination du séquestre intérimaire, que le requérant a de bonnes raisons de soupçonner le débiteur de vouloir dissiper son avoir; il faut que le requérant précise les motifs qui justifient ses soupçons: affaire Hyslop (1925) 7 C.B.R. 101 (Ontario); Létourneux Fils et Cie. c. Panneton (1925) 5 C.B.R. 551 (Québec); Goody Shoppe (1925) 7 C.B.R. 560 (Québec). Il y a abus flagrant du recours si le requérant altère ou cache les faits afin que le tribunal nomme un séquestre: Borts·Limited (1927) 8 C.B.R. 536 (Ontario). Ainsi lorsque la créance du requérant n'est pas liquidée et qu'aucune fraude n'est prouvée de la part du débiteur, le tribunal rejeta la demande de séquestre, affaire Dragon & Co. (1928), 10 C.B.R. 237 (Québec). Lorsque la preuve indique que les finances du débiteur sont bonnes, qu'il n'a aucune intention de quitter le Canada, qu'au contraire, il a loué une maison et payé d'avance six mois de loyer, la cour rejeta la requête du créancier; affaire Vigneault & Peck & Company (1924) 5 C.B.R. 141 (Québec). D'autre part, dans l'affaire Cape Breton Cash Store (1929), 10 C.B.R. 353 (N.-E.), le créancier a juré que le débiteur a commis divers actes de faillite et que l'administrateur du débiteur ne se soucie pas de l'intérêt des créanciers; le tribunal a accueilli la requête du créancier.

Pour décider s'il y a lieu ou non de demander au tribunal de nommer un séquestre intérimaire, le créancier ou le syndic de la proposition doivent tenir compte du genre de commerce qu'exerce le débiteur. Si les opérations impliquent de gros montants comptant ou des stocks considérables, comme c'est le cas du détaillant, l'absence de séquestre intérimaire crée un danger de vol ou d'approbation de l'avoir par les propriétaires de l'immeuble et d'autres créanciers. Il se peut que les livres comptables et les documents importants disparaissent; leur disparition peut rendre difficile, sinon impossible, le recouvrement de traitements préférentiels et de diverses créances à recevoir; il se peut que les chèques expédiés par les débiteurs du failli soient égarés ou perdus.

Même s'il est possible de récupérer les biens détournés, il se peut que les frais de justice et autres frais nécessités par le recouvrement dépassent de beaucoup la rémunération du séquestre.

La quantité et la valeur des biens à protéger constituent donc un important élément à considérer. Cependant, dans plusieurs cas, si les biens sont déjà grevés en faveur de créanciers garantis qui ont exercé leurs droits ou désigné un séquestre de leur propre chef, il n'est pas sage de faire désigner un séquestre intérimaire. Il est essentiel de minimiser les frais. Il doit exister suffisamment de biens "libres", que l'on risque de voir disparaître s'ils ne sont pas protégés. Au fond, ce qu'il s'agit de déterminer dans chaque cas, c'est si le surcroît de frais qu'entraîne la nomination d'un séquestre est justifié dans les circonstances et par probabilité du préjudice qui peut résulter de l'absence d'un séquestre.

Voici d'autres facteurs dont doit tenir compte le requérant qui demande le séquestre intérimaire:

a) Les antécédents du débiteur - comme nous l'avons exposé plus haut, si le débiteur ou ses associés ont géré leurs affaires de manière à démontrer que leurs actes étaient préjudiciables aux créanciers, le tribunal accordera la requête sans discuter: voir la jurisprudence citée aux pages 7 et 8 et l'affaire Canadian Coal Supply; Ex parte Staples & Bell Inc. (1924) 4 C.B.R. 577 (Ontario). Dans cette dernière affaire, le greffier a rendu ex parte une ordonnance nommant un séquestre parce que la débitrice refuse de divulguer la nature de ses biens et leur emplacement, et qu'au premier abord, elle paraît insolvable. Cependant, il n'y a aucune preuve d'intention frauduleuse, ni de menace de faire autre chose que ce qu'elle déclara sous serment avoir eu l'habitude de faire depuis ses débuts dans le commerce. Le juge Fisher a rejeté l'appel de la débitrice, mais il a exprimé son doute que le greffier eût raison de rendre l'ordonnance sur les pièces et les dépositions qui lui étaient présentées; mais les témoignages rendus en appel ont prouvé que la débitrice avait délibérément enlevé de précieux livres de comptabilité et autres documents relatifs à son commerce, et qu'elle refusait de donner aucun renseignement sur ses biens; le juge Fisher a estimé que le tribunal avait raison de refuser d'annuler la nomination du séquestre.

b) L'insolvabilité du débiteur: - s'il existe de fortes preuves de l'insolvabilité du débiteur, il y a moins lieu de s'inquiéter de la nomination du séquestre, puisque finalement il sera rendu une ordonnance de séquestre.

c) L'objection possible du débiteur: - si le requérant sait que le débiteur s'opposera probablement à la nomination d'un séquestre les difficultés s'aggraveront puisque l'opposition du débiteur entraînera un surcroît de frais de justice et un retard. Si l'actif est insuffisant, le créancier requérant peut être tenu de payer les frais du séquestre intérimaire; si l'ordonnance de séquestre est refusée, le créancier requérant peut être tenu de payer tous les frais.

III. Avis de la requête au débiteur:

D'après la règle 74 régissant la faillite, la demande de nomination d'un séquestre intérimaire peut être faite sans avis au débiteur. Cependant, avant le jugement sur la requête en faillite, et faute du consentement du débiteur, il serait injuste de lui refuser le droit d'être entendu, puisque sans qu'il soit prévenu la possession et l'administration de ses biens vont être remises au séquestre intérimaire. Dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsque le débiteur a pris la fuite, il n'est pas très utile d'aviser le débiteur. La règle 74 énonce que le tribunal peut ajourner l'audition de la demande et ordonner qu'avis de l'audience soit donné aux parties désignées par elle. La demande peut être adressée au registraire du tribunal de la faillite, puisque l'alinéa (e) du paragraphe 1 de l'article 162 lui confère le pouvoir d'entendre toute demande ex parte (par défaut) et de rendre des ordonnances provisoires au cas d'urgence. La formule de l'ordonnance nommant un séquestre intérimaire est prescrite à la formule 28 des formules de faillite.

IV. Responsabilité civile du requérant:

Chaque fois qu'un séquestre intérimaire est nommé, le créancier requérant doit s'engager envers le tribunal à accepter la responsabilité du préjudice que la nomination du séquestre peut causer au débiteur. (Voir la formule no. 28 des formules de faillite). En vertu de la règle 75 régissant la faillite, le tribunal, après avoir rejeté une requête pour Ordonnance de Séquestre, peut condamner le créancier requérant à des dommages-intérêts pour toute perte

ou autre cause découlant de la nomination du séquestre intérimaire. Les préjudices probables sont très difficiles à calculer d'avance, puisqu'ils revêtent le caractère de perte de clientèle ou d'atteinte à la réputation du débiteur. Le débiteur qui perd de l'argent ou est déjà insolvable a peut à se plaindre, mais la responsabilité du requérant peut s'accroître lorsque la requête est mal fondée en dépit des allégués plaidées à l'audience, et que le commerce du débiteur est sérieusement affecté. Dans l'affaire Stuart & Sutterby (1929) 11 C.B.R. 1 (Ontario), le registraire, dont l'ordonnance a été infirmée pour d'autres motifs (11 C.B.R. 279), puis confirmée (12 C.B.R. 267), a jugé que lorsque l'ordonnance de séquestre intérimaire est annulée par la suite parce qu'elle a été obtenue à l'aide de preuves fausses et/ou inexactes et qu'ensuite, la requête de mise en faillite est rejetée, le débiteur a droit à des dommages-intérêts en raison des pertes réelles subies par lui et des dommages-intérêts à raison de l'occupation des lieux par le séquestre intérimaire et de l'ingérence injustifiée dans le commerce légitime du débiteur.

V. Fonctions et obligations du séquestre intérimaire:

Comme nous l'avons exposé plus haut, l'ordonnance nommant le séquestre intérimaire a pour effet de priver le débiteur de l'autorité juridique qu'il exerçait auparavant sur ses biens. Elle lui interdit même d'intenter une action en recouvrement sans l'autorisation du séquestre intérimaire: affaire Dubnitsky c. Sun Life Assurance Co. (1940) 22 C.B.R. 431 (Québec).

L'article 49 suspend toutes les procédures contre le débiteur lors de sa faillite ou lorsqu'il dépose une proposition, jusqu'à ce que le syndic ait été libéré ou jusqu'à ce que la proposition ait été refusée, sauf autorisation du tribunal et aux conditions qu'impose ce dernier. Le paragraphe 2 de l'article 49 réserve les droits des créanciers garantis. Dans l'affaire D.W. McIntosh Ltée, trustee, c. Royal Bank (1940) 21 C.B.R. 469 (Ontario), le tribunal a jugé que lorsque la banque est avisée de la nomination du séquestre intérimaire, elle n'a même pas le droit d'affecter les sommes déposées au compte du débiteur au paiement de sa dette. Dans l'affaire Westlake c. Martin (1930) 11 C.B.R. 469, la Cour d'Appel de l'Ontario a jugé que la nomination d'un séquestre intérimaire a pour effet de créer une charge flottante sur les biens du débiteur et si le séquestre intérimaire dispose de biens meubles constitués en gage, il outrepasse ses pouvoirs.

Le paragraphe (1) de l'article 28 de la Loi sur la faillite prévoit que le tribunal peut ordonner au séquestre intérimaire de prendre possession immédiatement de tout ou partie des biens du débiteur, contre l'engagement pris par le requérant, conformément aux conditions imposées par le tribunal, quant au respect des droits du débiteur et aux dommages-intérêts à lui verser au cas où la requête serait rejetée. En vertu du paragraphe 2 de l'article 28,

> "Le séquestre intérimaire peut, sur l'ordre du tribunal, prendre des mesures conservatoires et disposer sommairement des biens périssables ou susceptibles de perdre rapidement de leur valeur, et il peut exercer sur les affaires du débiteur le contrôle que le tribunal jugera recommandable, mais le séquestre intérimaire ne doit point contrecarrer indûment le débiteur dans la conduite de ses affaires, sauf dans la mesure nécessaire à ces fins conservatoires ou pour se conformer à l'ordre du tribunal."

Le séquestre intérimaire nommé en vertu de l'article 29 (à la suite d'une proposition) jouit des mêmes pouvoirs.

Les dispositions qui précèdent précisent les fonctions et obligations du séquestre intérimaire. L'une de ses premières tâches consiste à prendre possession immédiatement des biens meubles du débiteur. Ceci nécessiterait de changer les serrures pour empêcher le débiteur de cacher ses biens; mais, comme l'article précise que le "séquestre ne doit point contrecarrer indûment le débiteur dans la conduite de ses affaires", il faut permettre au débiteur d'avoir facilement accès, sous surveillance, aux locaux qui sont sous la responsabilité du séquestre intérimaire. Le séquestre est avant tout le conservateur de l'actif; dans un commerce qui ne fonctionne pas, il est exclusivement cela. C'est un gardien, un administrateur provisoire: affaire Soren Bros. (No. 2) (1926) 7 C.B.R. 545 (Ontario). Il peut être aidé, ordinairement il l'est, par des agents, par exemple des préposés à l'inventaire, des commis, etc., selon les besoins, pour remplir sa mission. Le séquestre doit aussi prendre possession des livres et documents du débiteur. En sa qualité de gardien, il lui est interdit de les déplacer, non plus que les autres biens: affaire Canadian Coal Supply: Ex parte Staples & Bell Inc. (voir ci-dessus).

Le séquestre intérimaire n'a pas, comme le syndic, la propriété des biens en sa possession; le paragraphe 5 de l'article 50 qui assigne la propriété des biens au syndic ne s'applique pas au séquestre intérimaire. Celui-ci n'a donc pas le droit de vendre les biens sans ordonnance du tribunal. Le paragraphe 2 de l'article 28 confère au tribunal le pouvoir d'autoriser la vente lorsque les biens sont de nature périssable ou risquent de se déprécier; la vente autorisée par le tribunal est valable et protège la personne qui transige avec le séquestre intérimaire. Celui-ci n'a pas le droit de vendre les biens données en gage pas plus que le débiteur. Dans l'affaire Westlake c. Martin (voir auparavant), le tribunal a jugé que le séquestre intérimaire outrepasserait ses pouvoirs et serait tenu de rendre compte s'il disposait de biens hypothéqués ou mis en gage. Il n'y a pas de distinction entre le séquestre intérimaire de faillite et celui que le tribunal nomme dans d'autres cas, à moins que la Loi sur la faillite ne dispose autrement; les deux sont personnellement responsables envers les personnes qui traitent avec lui quant aux obligations contractées par lui ou aux contrats conclus par lui pour continuer le commerce, à moins que, comme cela est possible, les stipulations du contrat n'excluent la responsabilité personnelle: affaire Smith & Son; Smith c. Tew, Hays c. Tew (1929) 10 C.B.R. 393 (Ontario). Il faut donc que le séquestre intérimaire se protège. Il a droit d'être indemnisé à même l'actif, pour les paiements qu'il a faits afin de s'acquitter des obligations qu'il a contractées. Cependant, il n'est pas personnellement responsable des contrats conclus par d'autres, ni n'est obligé de payer le loyer dû en vertu du bail conclu par le débiteur; dans l'affaire Soren Bros. (No. 2) (voir auparavant), il a été jugé que le séquestre intérimaire qui se conforme à l'ordonnance du tribunal lui commandant d'entrer en possession des locaux afin de protéger les biens n'encourt pas de ce fait de responsabilité personnelle à l'égard du loyer. Mais s'il décide de conclure un contrat personnel à l'égard des locaux sous séquestre, il ne peut décliner sa responsabilité.

Une question difficile à résoudre, c'est la mesure du contrôle du séquestre intérimaire sur les affaires du débiteur. L'ordonnance lui commande de prendre possession immédiatement des biens du débiteur et de contrôler les recettes et dépenses de ce dernier, mais autrement de "ne pas contrecarrer le débiteur dans la conduite de ses affaires". Le séquestre intérimaire doit-il payer les créances? Dans l'affaire Diegal; Ex parte McLeod Milling Co. (1932) 14 C.B.R. 151 (Ontario), le tribunal a jugé que le guardien des biens d'un failli n'a pas le pouvoir de fixer ou de payer les créances. Le tribunal peut, en certains

cas, autoriser le séquestre intérimaire à payer certaines créances lorsqu'il est possible de prouver qu'autrement, le commerce serait gravement compromis, sinon ruiné. Dans tous les cas, les faits ont beaucoup d'importance: affaire Canadian Supply Co; Ex parte Staples & Bell Inc. (voir auparavant). Ordinairement, le séquestre intérimaire peut payer les dépenses courantes, par exemple le téléphone, l'électricité et l'eau, ainsi que le loyer; même si le séquestre intérimaire n'est pas responsable du loyer, M. David Baird fait observer que comme le tribunal peut autoriser les propriétaires à saisir, le séquestre peut épargner des frais en payant le loyer.

Le séquestre intérimaire n'a pas plus de droits que n'en avait le débiteur sur les dettes actives. Au cas de saisie-arrêt, si l'argent est déposé au greffe, le créancier a le droit de se faire payer le montant déposé au greffe même si une requête en faillite a été présentée et si un séquestre intérimaire a été nommé; Arthur C. Weeks Ltée c. B.C. Contract Sales Ltée (1961) 3 C.B.R. (n.s.) 47 (Colombie-Britannique). De même, comme la suspension de procédures que prévoit l'article 50 concerne les créances admissibles, les dettes contractées après l'ordonnance de séquestre n'étant pas admissibles, l'autorisation du tribunal n'est pas nécessaire pour poursuivre le failli en raison des dettes contractées depuis la faillite: Rud c. Vachon (1940), Rapports de pratique de Québec 371; Schwartz c. Boutarajac (1943) 25 C.B.R. 33 (Québec); affaire Gadbois, Perras et Lamarre (1944) 26 C.B.R. 97 (Québec); Greenfield Park Lumber & Builders' Supplies Ltée c. Zikman (1968) 12 C.B.R. (n.s.) 115 (Québec).

La Loi sur la faillite confère au séquestre intérimaire certains pouvoirs sur l'administration des affaires du débiteur. Le paragraphe 1 de l'article 15 lui confère le pouvoir, avec l'autorisation du tribunal, de consentir des avances, de contracter des obligations, d'emprunter, et de gager les biens du débiteur. Si le séquestre intérimaire est autorisé à continuer le commerce du débiteur, il est censé exercer le genre de commerce qu'exerçait auparavant le débiteur dans le but de fournir des garanties, tel que prévu à l'article 88 de la Loi sur les banques: paragraphe 2 de l'article 15. Le pouvoir d'emprunt est fort utile puisque, sans ce pouvoir, le commerce cesserait dans bien des cas.

Le séquestre intérimaire, afin de continuer le commerce pendant la très courte période qu'envisage la loi et d'assurer son propre crédit à l'avenir, doit s'acquitter des obligations qu'il a contractées. L'ordonnance nommant le séquestre intérimaire ou l'ordonnance qui lui confère le pouvoir d'emprunter prévoit ordinairement que les honoraires du séquestre intérimaire sont privilégiés par rapport au remboursement de l'emprunt; le certificat du séquestre intérimaire le dégage ordinairement de la responsabilité civile.

VI. Responsabilité du séquestre intérimaire:

Nous avons traité un peu de la responsabilité civile du séquestre intérimaire dans les pages qui précèdent, en étudiant les devoirs de sa charge. Si le séquestre intérimaire contracte personnellement, il en répond envers les tiers à moins qu'il n'ait limité sa responsabilité civile de ce chef. Il a droit d'être indemnisé avec l'actif du débiteur, pour les obligations qu'il a légitimement contractées.

Le séquestre intérimaire est tenu de rendre compte de toutes les sommes qu'il reçoit, ou qu'il aurait pu recevoir sans sa négligence ou sa faute. Si les sommes dont il est responsable n'arrivent pas à destination, le séquestre sera obligé de les restituer, à moins qu'il ne prouve qu'il a agi selon les normes usuelles et a exercé autant de prudence que l'on peut s'attendre d'un particulier dans ses propres affaires: White c. Baugh (1835) 3 Cl. & Fin. 44, H.L., p. 59. Le séquestre intérimaire est aussi responsable de la perte résultant de l'abandon des biens, de la négligence intentionnelle dans l'exécution des ordonnances du tribunal, de placements faits auprès de dépositaires que le séquestre sait indignes, enfin, il est responsable de toute perte attribuable à la fraude ou à la collusion de sa part. Il peut aussi être obligé de répondre d'actes qui outrepassent ses pouvoirs, par exemple lorsqu'il prend possession de biens qui ne font pas parti de l'actif dont il est chargé. Le tribunal peut lui ordonner de rembourser de sa poche les frais résultant de son inconduite ou de son incurie.

Le séquestre intérimaire n'a pas à répondre des pertes commerciales, lorsqu'il a été autorisé à continuer le commerce et s'est conformé aux instructions du tribunal.

Le séquestre intérimaire doit administrer les biens conformément aux diverses lois fédérales et provinciales régissant les activités de l'entrepreneur, par exemple, les lois qui concernent les usines, les drogues et aliments, l'impôt sur le revenu, la taxe de vente, etc. Il se peut que le séquestre intérimaire soit obligé d'appliquer les conventions conclues avec les syndicats et autres organismes qui réglementent les conditions de travail. Il est donc indispensable que le séquestre chargé de continuer un commerce obtienne les conseils techniques de personnes expérimentées dans des commerces analogues. Il faut qu'il obtienne l'autorisation du tribunal avant de se charger d'une responsabilité qui ne ressort pas clairement des pouvoirs qui lui sont déjà attribués.

L'engagement exigé du créancier requérant par le paragraphe 1 de l'article 28 ne dégage pas le séquestre intérimaire de ses obligations et de sa responsabilité civile, soit envers le créancier requérant soit envers le débiteur.

VII. Rémunération du séquestre intérimaire

La Loi sur la faillite est muette au sujet de la rémunération du séquestre intérimaire. Il a droit d'être payé pour ses services. M. David Baird [1] fait observer que dans le seul arrêt répertorié qu'il a pu découvrir où la rémunération du séquestre intérimaire était en question, ce dernier était rémunéré au pourcentage de la recette brute, pourcentage calculé d'après le soin et le travail nécessités: affaire George Coles Limited (1940) 21 C.B.R. 289. Cela contraste avec les dispositions complexes de la loi et des règles au sujet du calcul de la rémunération du syndic. En pratique, le séquestre intérimaire est souvent nommé syndic à la faillite lorsque l'ordonnance de séquestre est rendue; dans plusieurs cas, le tribunal a déclaré que cette pratique était souhaitable: voir l'affaire Continental Record Co. (1966) 8 C.B.R. (n.s.) 73 (Ontario), observations aux pages 73-74. Un tribunal a jugé que les honoraires du séquestre intérimaire ont priorité sur les honoraires et les débours du syndic, en vertu de l'alinéa (b) du paragraphe 1 de l'article 107; ce point est étudié aux pages 6-10 du mémoire sur l'ordre des priorités présenté au colloque.

---

(1) 13 C.B.R. (n.s.) p. 216.

Colloque sur la faillite
Montréal
le 23 novembre 1973.

Notes de travail sur
FAITS SAILLANTS DES FONCTIONS DU SYNDIC, DU DEBITEUR ET DES CREANCIERS DANS LES ACTIFS DE FAILLITE.

Melvin C. Zwaig, C.A.

FAITS SAILLANTS DES FONCTIONS DU SYNDIC, DU DEBITEUR ET DES CREANCIERS DANS LES ACTIFS DE FAILLITE.

TABLE DES MATIERES

	Page
INTRODUCTION	1
Syndics et débiteurs	1
1. PRISE DE POSSESSION ET INVENTAIRE	2
(a) Biens du failli entre les mains de tiers	7
(b) Biens du failli en transit, etc.	8
(i) Reprise en cours de livraison	8
(ii) Droit d'annulation ou de résolution d'un contrat de vente au Québec	9
(iii) Droit du syndic d'intercepter et de saisir des marchandises et de découvrir des biens cachés	10
(c) Biens acquis après la faillite	10
(d) Biens situés à l'étranger	11
(e) Etablissement d'un inventaire	11
(1) Marchandises à l'essai livrées au failli	13
(2) Marchandises louées au failli	14
(3) Marchandises vendues sous condition	14
(4) Marchandises en consignation, en possession du failli	14
(5) Marchandises à 30 jours - Province de Québec	14
(6) Marchandises en transit	14
(7) Biens vendus par le failli	15
(8) Biens grevés d'une garantie détenue par un créancier	15
(9) Biens en fiducie	16
(10) Droits annulables en cas de faillite	17
(11) Biens soustraits à l'éxécution ou à la saisie	17
(12) Polices d'assurance sur la vie	17

Page

(f) Evaluation de l'inventaire 18

2. RAPPORTS EXIGES DES SYNDICS ET DES DEBITEURS EN FAILLITE 19

(a) Bilan du débiteur 19

(b) Rapport préliminaire aux créanciers 21

(c) Rapports périodiques aux créanciers, etc. 21

(d) Rapports exigés par les articles 140 et 141 22

(e) Etat définitif des recettes et des débours 25

3. REVELATION DES INFRACTIONS ET POURSUITES CRIMINELLES 26

4. CONFLIT D'INTERETS 26

Inspecteurs de la faillite 36

Introduction 36

(1) Nomination des inspecteurs 36

(2) Situation des inspecteurs 36

(3) Fonctions et responsabilités 38

(a) Généralités 38

(b) Surveillance 39

(i) Généralités 39

(ii) Communication des renseignements 39

(iii) Fonctions particulières 40

(c) Mesures à prendre 41

(i) Assemblées 41

(ii) Décisions des inspecteurs 41

(iii) Action des inspecteurs 42

(iv) Vente de l'actif 43

FAITS SAILLANTS DES FONCTIONS DU SYNDIC, DU DEBITEUR ET DES CREANCIERS DANS LES ACTIFS DE FAILLITE.

INTRODUCTION

On peut considérer que le milieu de la faillite se compose de groupes de forces, tantôt solidaires, tantôt antagonistes, au sein desquels le tribunal, les syndics, les inspecteurs, les créanciers, les débiteurs et divers organismes légaux agissent de concert ou réagissent les uns contre les autres.

Le système vise à fixer les droits, fonctions et obligations des intéressés dans le cadre de diverses lois fédérales et provinciales. Dans la présente étude, nous examinons plusieurs aspects du rôle du syndic, du débiteur, ainsi que des créanciers.

Syndics et débiteurs

Les premières démarches du syndic chargé d'administrer l'actif d'un failli consistent à assumer la gestion de tous les biens connus appartenant au failli ou se trouvant en sa possession et à en dresser l'inventaire. Le syndic doit gérer l'actif qui lui a été confié avec habileté et prudence. En outre, dans l'administration des affaires du failli, le syndic peut avoir accès à des renseignements que la loi et la bonne administration lui imposent de divulguer, par exemple des faits qui font soupçonner des infractions tant avant la faillite que durant la période d'administration de la faillite, la conduite du débiteur pour ce que est d'aider le syndic à réaliser le maximum pour le compte des créanciers, l'aide ou l'absence de cette aide, etc.

Dans cette partie de notre étude, nous examinons les aspects suivants du rôle du syndic, en tenant compte, ainsi qu'il convient, de l'action réciproque du débiteur:

1. prise de possession et inventaire;
2. rapports exigés des syndics et des débiteurs dans une faillite;
3. révélation des infractions et poursuites criminelles;
4. conflit d'intérêts.

1. PRISE DE POSSESSION ET INVENTAIRE

Après avoir été dûment nommé, soit par jugement accordant une ordonnance de séquestre soit par voie d'une cession de faillite, le syndic doit prendre possession de tous les livres, dossiers, documents et titres du failli. Il doit également prendre possession des biens du failli, quelle qu'en soit la forme, où qu'ils se trouvent et qui qu'en soit le détenteur, et en dresser l'inventaire. Le paragraphe (2) de l'article 12 de la Loi sur la faillite pose les conditions suivantes:

Article 12(2)

> "Le plus tôt possible, le syndic doit prendre possession des titres, livres, dossiers et documents, ainsi que de tous les biens du failli, et dresser un inventaire; pour lui permettre de préparer un inventaire, il a le droit d'entrer en tout lieu où peuvent se trouver les livres, dossiers, documents ou biens du failli, quoiqu'ils puissent être en la possession d'un shérif, d'un créancier garanti ou d'une autre personne qui les réclame."

Article 12(4)

> "Personne n'a le droit, à l'encontre du syndic, de retenir la possession de livres de compte appartenant au failli, de tout papier ou document se rapportant aux comptes ou à quelques opérations commerciales du failli, ni de les assujettir à quelque privilège."

Voici la définition des "biens" que donne l'article 2:

> " 'biens' comprend les sommes d'argent, marchandises, droits incorporels, terres, et biens de toute nature, réels ou personnels, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, actuels ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachant."

Sans limiter d'aucune façon la portée générale de la prise en charge, le syndic doit:

(1) Dresser un inventaire détaillé des biens du failli, indiquant, s'il dispose de ces renseignements, leur coût ou leur valeur comptable; avec l'aide du failli et d'experts du dehors, obtenir les valeurs réalisables estimatives et en dresser la liste. Un exemple d'une liste d'inventaire constitue l'annexe "A" du présent chapitre;

(2) Prendre les dispositions nécessaires pour bien assurer la sécurité et la fermeture des locaux du failli;

(3) Prendre les dispositions nécessaires pour faire suivre le courrier;

(4) Prendre les dispositions nécessaires pour se défaire immédiatement des biens périssables et, au besoin, s'occuper du commerce ou des affaires du failli jusqu'à la première assemblée des créanciers;

(5) Prendre les dispositions nécessaires pour l'inspection et la conservation des biens du failli que des tierces parties peuvent avoir en leur possession;

(6) Prendre les dispositions nécessaires pour faire enregistrer sa nomination à titre de syndic chargé des biens immobiliers;

(7) Prendre les dispositions nécessaires pour l'examen des meubles, effets et outils qui sont exemptés de saisie aux termes des lois provinciales;

(8) Aviser la banque de cesser le paiement de chèques;

(9) Prendre les dispositions nécessaires pour faire couvrir par une assurance les locaux du failli et les biens qui s'y trouvent;

(10) Contrôler la documentation et la livraison de toutes les marchandises reçues après la prise de possession.

En vertu de sa nomination et de sa qualité, le syndic a un droit juridique sur tous les biens du failli, où qu'ils se trouvent à la date de la faillite, y compris les biens que le failli acquiert ou qui lui sont dévolus avant sa libération, ainsi que "les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient

pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice" (al. c) et d) de l'article 47). Ces biens sont immédiatement dévolus au syndic, sous réserve des autres dispositions de la Loi et des droits des créanciers garantis (par. (5) de l'article 50). Les principales exceptions à la règle de dévolution des biens au syndic sont les suivantes:

Article 47

(a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne,

(b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli.

Article 51(1)

". . . une personne qui achète de bonne foi ces biens à une vente faite par le shérif acquiert un titre valable à ces biens contre le syndic."

Article 53

". . . un acheteur ou un créancier hypothécaire de bonne foi, qui, pour une contrepartie valable et suffisante, achète des biens immeubles visés par une ordonnance de séquestre ou une cession acquiert un titre valable à moins que l'ordonnance de séquestre, la cession, ou un avis de cette ordonnance ou de cette cession, ou un avis, n'ait été enregistré contre les biens au bureau approprié, antérieurement à l'enregistrement du titre de l'acheteur, ou du créancier hypothécaire.

En outre, certains biens qui sont en possession du failli, par exemple à titre de dépositaire bénévole, sans aucun droit contre le propriétaire ni privilège sur la chose, ou à titre de locataire, et les biens que possède le failli à titre d'acheteur en vertu d'une vente conditionnelle ou d'un contrat semblable (en supposant que ce contrat ne soit annulé par aucun vice) et sur lesquels ni le droit, ni le contrat ne lui confèrent de droit sur les sommes qu'il a versées, ne sont pas dévolus au syndic.

La loi ordonne à toute personne détenant les documents, titres, comptabilité et archives ou autres biens du failli, que la loi lui interdit de conserver à l'encontre du failli ou du syndic, de remettre les biens en question au syndic (par. (5) de l'article 12), et lorsqu'un shérif, un autre officier de justice ou toute autre personne détiennent ces biens en vertu d'une saisie-exécution, saisie-arrêt ou autre mesure, ou que ces biens sont saisis pour payer le loyer ou les impôts, la personne en question est obligée de remettre ces biens au syndic dès réception de la copie de l'ordonnance de séquestre ou de la cession; et si les biens ont été vendus, le produit de la vente, moins certains frais, doit être versé au syndic: paragraphes (2), (3) et (4) de l'article 51. Quant à l'acquisition ou à la conservation des biens du failli, le syndic est réputé séquestre nommé par le tribunal, et à sa demande, le tribunal peut rendre exécutoires ses actes d'acquisition ou de conservation: paragraphe (3) de l'article 12. Ces dispositions complètent les dispositions générales du paragraphe (1) de l'article 50, qui édictent que l'ordonnance de séquestre ou la cession ont préséance sur toutes les saisies-arrêts judiciaires et autres, etc., "sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier ou à son mandataire, et sauf aussi les droits d'un créancier garanti."

Les états financiers, livres de compte, contrats, inventaires et comptes vérifiés peuvent servir de point de départ à la vérification des biens dont le failli a la possession ou la gestion. Le syndic doit se procurer les renseignements nécessaires de toutes les sources possibles, y compris le failli lui-même, ses employés ou agents, les comptables et vérificateurs, afin de s'assurer qu'il a assumé la gestion de tous les biens connus.

Le syndic, dûment autorisé par résolution ordinaire des créanciers, ou sur demande écrite ou résolution de la majorité des inspecteurs, peut interroger le failli et toute autre personne dont on a raison de supposer qu'elle connaît les affaires du failli, sous serment, devant le registraire ou une autre personne autorisée. Le syndic peut exiger qu'à l'interrogatoire, conformément à l'article 133, soient présentés la comptabilité, les documents, la correspondance ou d'autres papiers. Cet interrogatoire ne nécessite aucune ordonnance du tribunal.

L'article 129 (130 dans le cas des entreprises) impose au failli de répondre à l'interrogatoire. Le refus de remplir les obligations imposées par l'article 129 constitue une infraction, punissable en vertu de l'article 169. Dans le cas "d'administration sommaire", il n'est pas nécessaire que le syndic soit autorisé par une ordonnance du tribunal ou une résolution des créanciers pour interroger le failli: affaire Zalken (1960) 1 C.B.R. (nouvelle série) 168.

Le pouvoir d'interroger que confèrent au syndic les articles 133 et 134 peut servir à procurer à ce dernier des renseignements ou des documents. Un tribunal a jugé que même si les livres de compte, documents ou biens mentionnés à l'article 134 appartiennent à un tiers, le syndic a le droit de les examiner: affaire Nadon Paving Ltd.; Hoggan c. Symes (1967) 10 C.B.R. (nouvelle série) 57.

Le syndic et les inspecteurs doivent consulter un avocat en vue de déterminer quelles mesures doivent être prises à l'égard de tout transfert, transaction modifiables, cession ou règlement conclu dans l'intention de préférer un créancier à tous les autres. Aux termes du paragraphe (1) de l'article 14, l'autorisation des inspecteurs est requise en ces matières, bien que le paragraphe (8) de l'article 12 autorise le syndic à agir avant la nomination des inspecteurs. En outre, le paragraphe (9) de l'article 12 autorise le syndic à agir sans l'autorisation des inspecteurs dans les cas d'urgence.

L'obligation immédiate du syndic lorsque nommé est de localiser et prendre possession des biens du failli. Le paragraphe 6 de l'article 12 autorise le syndic à exercer sa fonction dans toutes les régions du Canada, lorsqu'il s'agit de prendre possession des biens et de les réaliser. La cour de faillite compétente peut demander l'aide des tribunaux de toute autre province pour donner possession au syndic: affaire Lagacé et Lépinay (1923) 3 C.B.R. 124 (Québec).

Lorsqu'il prend possession, le syndic doit employer les moyens les plus efficaces et les plus économiques possibles. Dans le cas des biens qui se trouvent en dehors de sa région immédiate, le syndic doit s'assurer les services de syndics résidant dans la région particulière pour assumer la gestion en son nom. Les instructions doivent être écrites et le syndic déléguant la tâche doit s'assurer que ces instructions sont suivies.

Une fois en possession des biens matériels, le syndic est obligé d'assurer sans retard, à titre provisoire, les biens assurables du failli, selon qu'il le juge opportun, jusqu'à la nomination des inspecteurs; ceux-ci doivent ensuite fixer le montant des assurances que doit prendre le syndic sur les biens, et déterminer contre quels risques assurer les biens; paragraphe (1) de l'article 13.

Le syndic doit ensuite prendre des mesures conservatoires afin de conserver ou de protéger les biens; lorsque les biens sont périssables ou peuvent se dévaloriser rapidement, il peut en disposer sommairement, dans l'intérêt de la masse: paragraphe (7) de l'article 12. Ce paragraphe autorise également le syndic à poursuivre l'exploitation du commerce du failli dans l'intérêt de la masse, jusqu'au jour fixé pour la première assemblée des créanciers; ensuite il ne peut le faire qu'avec l'autorisation des inspecteurs: alinéa (c) du paragraphe (1) de l'article 14.

(a) Biens du failli entre les mains de tiers

Lorsque le failli a prêté ses biens à d'autres personnes ou qu'il les a vendus par contrats de vente conditionnelle, etc., le syndic a le pouvoir d'exercer les droits qui appartiennent au failli pour demander la restitution de ces biens ou l'exécution en bonne et due forme des contrats de vente conditionnelle, etc. Les lois provinciales qui régissent de tels accords ou de tels contrats s'appliquent et le syndic ne peut y mettre fin unilatéralement, il doit attendre que les droits du failli se matérialisent. Ceci s'applique à tous les biens tant corporels qu'incorporels, détenus par des tiers: garantie, nantissement ou gage, etc., titres de propriété, droits d'auteur, brevets, certificats d'actions, dettes actives, etc., par exemple, ainsi que les revenus d'immeubles loués, les immeubles par destination appartenant au propriétaire ou au locataire, selon le cas. Certaines de ces catégories de biens sont visées expressément par la Loi sur la faillite. L'article 51(2) et (3) exige que le shérif livre les biens du failli ou le produit des ventes qui sont entre ses mains, après déduction de ses honoraires et des frais du procureur du premier créancier saisissant; l'article 51(4) exige que le propriétaire du failli ou la municipalité ou tout autre organisme livre immédiatement les biens qu'ils ont saisis pour garantir le paiement du loyer ou des taxes selon le cas; l'article 57 prévoit que le syndic a le droit d'examiner les biens détenus par des tiers à titre de gage, de nantissement ou d'autre garantie en donnant

avis par écrit et la personne ainsi avisée n'a pas le droit, par la suite, de réaliser sa garantie avant qu'elle ait procuré au syndic une occasion raisonnable de faire l'inspection des biens et d'exercer son droit de rachat; l'article 56 exige d'un banquier, lorsqu'il a constaté qu'une personne ayant un compte chez lui est failli non libéré, de prévenir le syndic de l'existence du compte et de ne faire aucun paiement sur ce compte sans ordonnance du tribunal ou instruction du syndic, à moins que le syndic ne donne aucune instruction dans le mois qui suit la date de notification faite par le banquier. L'article 72 prévoit que toute cession générale des créances comptables, sauf dans le cas où cette cession a été enregistrée conformément à une loi provinciale, est nulle à partir de la date de la cession, sauf en ce qui concerne les créances exigibles ou venant à échéance à cette date.

La Loi sur la faillite donne au syndic les pouvoirs nécessaires pour reprendre possession des biens qu'un tiers détient sans titre opposable au failli ou au syndic; ces pouvoirs comprennent le droit d'intenter des poursuites; voir les articles 12(8), (9) (de sa propre initiative), article 14(d), (e) (h) (avec la permission des inspecteurs après leur nomination), et l'article 16 (d'après les instructions données par le tribunal dans d'autres cas). Il a été jugé dans plusieurs cas que le syndic peut parfaitement procéder par assignation en référé devant le tribunal de la faillite pour obtenir une ordonnance exigeant que les biens soient livrés et qu'il n'est pas nécessaire d'intenter des poursuites: voir l'affaire Shur-Fit Costume Inc. 3 C.B.R. 664; l'affaire Gilbert 4 C.B.R. 56; l'affaire Binet 17 C.B.R. 131. Il en est ainsi même si les biens sont détenus par la Couronne: Perodeau c. Perras 24 C.B.R. 194. Le syndic a de plus le pouvoir d'agir en vertu de l'article 134 pour exiger que toute personne que l'on croit ou suppose avoir en sa possession des biens, des livres ou des documents, etc., appartenant au failli ou indiquant que cette personne est endettée envers le failli, les livre ou les produise au syndic. Voir également les articles 135, 137, 158 et 159 qui aident le syndic à découvrir les biens qui se trouvent en la possession de tiers.

(b) Biens du failli en transit, etc.

(i) Reprise en cours de livraison

Le syndic a les pouvoirs nécessaires pour exercer le droit d'un vendeur en faillite qui n'a pas été payé lorsque les marchandises sont en cours de livraison et n'ont pas encore été livrées à l'acheteur ou à son représentant.

Ce droit est régi par les lois provinciales sur les ventes de marchandises et ne peut s'exercer que si l'acheteur lui-même est insolvable. Il s'apparente au droit d'annulation ou de résolution d'un contrat de vente accordé par l'article 1543 du Code civil (voir auparavant).

(ii) Droit d'annulation ou de résolution d'un contrat de vente au Québec

En matière de vente de meubles au Québec, le vendeur qui n'a pas été payé par l'acheteur se voit reconnaître trois droits par le Code civil: (a) un droit de résolution de la vente; (b) un droit de revendication et (c) un privilège sur le prix de l'article. Ces droits doivent s'exercer dans les trente jours de la date de livraison de l'objet vendu.

Une longue jurisprudence établit que la Loi sur la faillite ne prive pas le vendeur non payé de ses recours civils: Voir l'affaire Rosenzweig, 1 C.B.R. 385, confirmée par 2 C.B.R. 255; l'affaire Prima Skirt Co. 1 C.B.R. 438; l'affaire Viscount Supply Co. Ltée, 3 C.B.R. (n.s.) 288, infirmée pour d'autres motifs 4 C.B.R. (n.s.) 256 (Ont.); l'affaire Iberville Furniture & Appliances Co. Ltée; Grobstein c. Facto et autres 4 C.B.R. (n.s.) 36. Les droits sont caducs si le vendeur ne résoud pas le contrat dans les trente jours suivant la livraison de la marchandise: dans l'affaire Canada Dress and Waist Mfg. Co., 8 C.B.R. 167. Une action judiciaire n'est pas nécessaire, une révocation orale ou une demande de restitution des marchandises est suffisante pour établir que le vendeur a annulé le contrat: dans l'affaire Viscount Supply Co. Ltée. 3 C.B.R. (n.s.) 258, infirmée pour d'autres motifs 4 C.B.R. (n.s.) 256 (Ont.). Pour pouvoir demander l'annulation du contrat de vente, le bien doit être encore en la possession du débiteur et il ne doit pas s'être écoulé plus de trente jours depuis la livraison: affaire Beatrice Pines Ltée; Vendôme Knitting Mills Ltée c. Lawrence 11 C.B.R. (n.s.) 26.

Lorsqu'un vendeur du Québec vend des marchandises hors de la province les possibilités de recours au Code civil sont fonction des termes mêmes du contrat tels qu'ils sont interprétés par les tribunaux. Lorsque le contrat a été passé pour la vente de bois d'oeuvre f. à b. Toronto, et que la livraison a été faite à Toronto, le bois n'étant jamais venu au Québec, on a jugé que le droit applicable était celui de l'Ontario et que le vendeur ne pouvait pas se prévaloir des recours prévus par le Code civil: affaire Viscount Supply Co. Ltée et autres (1963) 4 C.B.R. (n.s.) 256 (Ont.).

Normalement, ce sont les dispositions du contrat quant au droit local applicable qui prévalent. Les droits ci-dessus sont généralement exercés par le syndic pour le compte de la faillite seulement lorsque l'acheteur lui-même est en faillite.

(iii) Droit du syndic d'intercepter et de saisir des marchandises et de découvrir des biens cachés

L'article 54 interdit au failli de transporter un bien quelconque hors de la province (où ce bien se trouve lors de la faillite) sans l'autorisation des inspecteurs ou sans une ordonnance du tribunal. Cela s'applique aux biens incorporels tels que des actions, des valeurs et autres titres ainsi qu'aux livres, aux dossiers, aux papiers, aux documents et à la correspondance. Le syndic a le droit d'intercepter tout transport de ce genre et d'avoir recours, dans ce but, à l'aide de la police et des tribunaux de toute province; voir l'article 158(2) et (3). L'article 159 autorise le tribunal à délivrer des mandats de perquisition et de saisie, et il peut dans ce but ordonner "que soit forcé tout immeuble ou lieu où l'on croit que se trouve le failli ou une partie de ses biens". L'article 138 (1)(c) prévoit l'arrestation du failli s'il est "sur le point d'enlever ses biens en vue d'empêcher ou de retarder leur prise de possession par le syndic" ou qu'il y a probablement lieu de croire qu'il a caché ou qu'il est sur le point de cacher une partie de ses biens, de ses livres, de ses dossiers, etc.

(c) Biens acquis après la faillite

La loi prévoit des mesures spéciales afin que tout bien acquis par le failli, ou qui lui est dévolu, avant qu'il ne soit libéré, appartienne à la masse: article 47(c). Lorsque le failli reçoit un traitement, un salaire ou une rémunération sous une autre forme d'une personne qui l'emploie, ou qui a recours à ses services, l'article 48 donne au syndic, s'il en est requis par les créanciers ou par les inspecteurs, le droit d'exiger le paiement d'une partie de cette rémunération selon les modalités fixées par ordonnance du tribunal. Les dispositions de l'article 48 doivent s'appliquer. L'article 77 énonce clairement que les biens acquis après la faillite sont dévolus au syndic, mais en vertu de cet article, si le failli en a disposé au profit d'une personne qui traite avec lui de bonne foi et pour une contrepartie valable, et si l'opération est entièrement conclue avant l'intervention du syndic, les droits

du syndic tombent et tout droit ou intérêt sur ces biens prend fin: Voir Firestone Tire & Rubber Co. c. Douglas 21 C.B.R. 343. Il a été jugé dans l'affaire Levis c. Saint Paul & Marine Insurance Co. 9 C.B.R. (n.s.) 63 que, jusqu'à ce qu'un syndic de faillite intervienne, un failli non libéré est libre d'acquérir des biens et de les aliéner à son gré et il peut conserver une activité avec de tels biens en son propre nom.

(d) Biens situés à l'étranger

La définition donnée à l'article 2 et à l'article 47 de la loi comprend les biens situés au Canada ou ailleurs. Il dépend des lois d'un pays et des principes de droit international privé que ce pays où seraient les biens, coopère avec les autorités canadiennes pour autoriser le syndic à saisir les biens appartenant au failli. Duncan et Honsberg, dans leur ouvrage, Bankruptcy in Canada (page 47) citent plusieurs cas de jurisprudence anglaise où il a été jugé que les biens fonciers et immobiliers sont exclusivement régis par les lois du pays dans le territoire duquel ces biens sont situés. Dans l'affaire Banco du Portugal c. Waddell (1880) 5 App. Cas. 161, la Chambre des Lords a jugé qu'un syndic d'une faillite en Angleterre avait le droit d'administrer les biens meubles d'un failli où qu'ils se trouvent. Ce principe a été suivi par les tribunaux au Canada au point que les droits d'un syndic étranger d'acquérir et d'administrer des biens meubles qui se trouvent au Canada ont été reconnus: voir Williams c. Rice and Knitting Mills Ltée (1926) 3 D.L.R. 255; 7 C.B.R. 699 (Man.); Bergerem c. Marsh (1921) B. & C.R. 195; affaire Kooperman (1928) B. & C.R. 49. Cependant, lorsqu'il y a des faillites simultanées dans divers pays où le failli exerçait ses activités, un tribunal de l'Ontario a jugé que chacun des pays devait administrer la part des éléments d'actif qui se trouvaient sous sa juridiction : affaire E.H. Clarke & Co. Syndic c. Royal Bank of Canada (1922) 3 C.B.R. 593 (Ont.). Voir de plus Duncan & Honsberger, aux pp. 311-312.

(e) Etablissement d'un inventaire

Après avoir pris en charge les biens du failli, le syndic doit dresser un inventaire. Les biens réclamés comme appartenant à des tiers seront compris dans cet inventaire et lorsque leurs droits auront été établis, ces biens seront ultérieurement restitués à leurs propriétaires. On a jugé qu'il n'était pas suffisant de prévenir les propriétaires que les biens étaient à leur disposition: dans l'affaire Cadieux 33 C.B.R. 15. Les tiers ont le droit de présenter des

réclamations pour des biens déterminés en application de l'article 59 de la Loi; s'ils ne déposent pas de preuve de réclamation dans le délai qui leur est imparti par l'article 59(4), le syndic a le droit de vendre ou d'aliéner ce bien sans que cette personne retienne un privilège, droit, titre ou intérêt, mais il doit pour cela avoir obtenu l'autorisation du tribunal. Quoique le syndic puisse disposer sommairement des biens qui peuvent s'avarier ou se déprécier rapidement, en application de l'article 12(7), il ne peut aliéner sans ordonnance du tribunal des biens réclamés par un tiers.

Un inventaire est défini comme une liste détaillée de biens et d'effets précisant convenablement pour chacun leurs particularités en fonction des usages établis des affaires: Witt c. Banner (1887) 20 Q.B.D. 114; Carpenter c. Deen (1889) 23 Q.B.D. 566. Selon l'article 12(2), cela comprend tous les éléments d'actif, corporels et incorporels, les titres, les obligations, les effets négociables, les titres de propriété, les dettes comptables, les brevets et les marques de commerce, etc., et tous autres biens succinctement définis par l'article 2.

L'importance du travail nécessaire pour dresser un inventaire dépend de la nature des éléments d'actif en cause, de leur valeur, de leur volume et de leur emplacement. Ils peuvent consister en machines et matériel, appareils et outillage, produits, tant finis qu'en cours de fabrication (matières premières et travail en cours, etc), magasins et approvisionnements, véhicules, etc. Le syndic doit étudier attentivement s'il doit employer du personnel pour effectuer ce travail à un ou tous les endroits. Le failli ou ses employés peuvent être en mesure de reconnaître les biens appartenant à des tiers, les marchandises en consignation, les marchandises à trente jours, etc. et lorsque cela est possible leur aide sera utile pour dresser l'inventaire. L'article 14(1) autorise le syndic, avec la permission des inspecteurs, à employer le failli pour aider à l'administration des biens, et il est du devoir du failli de "donner au syndic toute l'assistance qu'il peut donner pour dresser l'inventaire" (article 129(e)). Les dépenses faites pour dresser l'inventaire, y compris les frais d'établissement d'inventaire et les salaires des personnes employées dans ce but, constituent une dépense légitime d'administration et peuvent être prélevés sur l'actif de la faillite: affaire Bryant Isard & Co. (1923) 4 C.B.R. 41 (Ont.).

Le détail matériel des biens entrant dans l'inventaire doit être établi autant que possible simultanément, dans tous les lieux. Les risques de vol ou d'incendie doivent être couverts par une assurance, en application de l'article 13 (1). Les éléments d'actif doivent être classés par nature d'éléments, par ex. biens matériels et éléments incorporels. Les biens matériels peuvent comprendre:

- machines et matériel,
- meubles, appareils et outillage,
- magasins, approvisonnements et marchandises diverses,
- véhicules, matières premières et produits en cours de fabrication et
- produits finis.

L'inventaire doit préciser les numéros de série, la taille ou les autres caractéristiques habituelles des marchandises pour permettre à des acheteurs éventuels de les reconnaître.

De même, toutes les autres catégories de biens, y compris les titres de propriété les concernant doivent être inventoriés de manière systématique. Les états d'inventaire doivent être fournis aux acheteurs éventuels, de telle sorte que les renseignements figurant sur ces états soient aussi complets que possible. Les feuillets portant l'inventaire seront numérotés de manière continue, datés et paraphés par la personne chargée de l'inventaire. Un état résumé et un index seront placés en tête de l'ensemble des feuillets sur lesquels l'inventaire a été établi.

Biens à distinguer

(1) Marchandises à l'essai livrées au failli

Lorsque des marchandises à l'essai sont livrées au failli, le titre de propriété ne passe pas au syndic, à moins que le délai de retour n'ait expiré et que le vendeur n'ait précisé qu'un non-retour des marchandises signifierait un achat. Dans ce dernier cas, le syndic est autorisé à vendre les marchandises, et le vendeur ne peut faire une réclamation qu'à titre de créancier chirographaire: Tavens (1942) 23 C.B.R. 270; Ellis c. Sternberg's Trustee (1925) 5 C.B.R. 608.

(2) Marchandises louées au failli

Il faut retourner les marchandises louées par le failli et mettre fin au contrat de louage. Les articles loués avec faculté d'achat exigent une attention particulière puisque le failli a peut-être un droit sur eux.

(3) Marchandises vendues sous condition

Les marchandises vendues sous condition n'appartiennent pas au syndic, à moins et jusqu'au moment d'en avoir payé le prix total. Toutefois, le syndic peut se prévaloir des dispositions du droit provincial portant sur les contrats de vente sous condition, particulièrement celles selon lesquelles le non-enregistrement du contrat le rend inopposable aux créanciers de l'acheteur: voir l'article 50(6).

(4) Marchandises en consignation, en possession du failli

Lorsque les marchandises ont été livrées au failli dans le cadre d'une vente à commission, le droit de propriété ne passe pas au syndic. La charge de la preuve incombe à la partie qui excipe du contrat de consignation: Vitrerie Claveau Glass Inc.; Migneault & Fils Cie c. Archambault (1962) 3 C.B.R. (n.s.) 150 (Qué.).

(5) Marchandises à 30 jours - Province de Québec

Ce sujet, particulièrement pertinent à la faillite d'un acheteur, a été traité à la page .

(6) Marchandises en transit

Ce sujet, particulièrement pertinent à la faillite d'un acheteur, a été traité à la page . Généralement, des difficultés surgissent lorsque des titres de propriété comme le connaissement et le récépissé d'entrepôt sont en cause. Si le vendeur s'est réservé un droit de livraison pour lui-même ou à l'ordre et qu'il ne l'a pas endossé au nom de l'acheteur, la propriété des biens ne sera pas transférée. Les vendeurs s'arrangent

souvent pour disposer des titres de propriété contre une somme d'argent par l'entremise d'une banque et pour n'envoyer à l'acheteur qu'un seul exemplaire du connaissement. Il existe plusieurs autres arrangements et le syndic doit consulter un conseiller juridique compétent.

(7) Biens vendus par le failli

Lorsque le failli a vendu les biens, mais qu'ils sont encore en sa possession, ils n'appartiennent pas au syndic; un acheteur de bonne foi qui a fourni une contrepartie est protégé si la propriété des biens est passée à l'acheteur en vertu de la loi provinciale sur la vente des biens (d'après l'article 50(6)); dans le cas contraire, le vendeur ne peut faire une réclamation qu'à titre de créancier chirographaire. Cela s'applique également aux marchandises vendues à crédit; cependant, l'acheteur à crédit peut avoir droit aux paiements qu'il a faits s'ils étaient déposés en fiducie; dans le cas contraire, il perd ce droit. Voir également les articles 75 et 78 ainsi que l'étude sur les biens acquis après la faillite à la page , ci-dessus.

(8) Biens grevés d'une garantie détenue par un créancier

Le syndic n'est pas autorisé à disposer de l'actif protégé par une garantie, puisque la Loi sur la faillite protège expressément tous les droits des créanciers garantis tels que les définit l'article 2. Les dispositions spéciales de la loi qui permettent au syndic de demander au tribunal de prendre une ordonnance suspendant la réalisation de la garantie (voir article 49(2)) ont pour but de donner au syndic l'occasion d'examiner la garantie et de décider s'il vaut la peine de la racheter. Un créancier garanti est autorisé à réaliser sa garantie sans autorisation du tribunal: voir Leblanc; Cie Eagle Lbr. Ltée c. Rochon 11 C.B.R. (n.s.) 13.

Il faut prendre en note les dispositions spéciales à l'égard de la cession de créances comptables par le débiteur avant la faillite. Reportez-vous à l'article 72 de la loi.

Les articles 57 à 59 et 98 à 105 exposent comment le syndic peut exiger tous les détails de la garantie et de sa vente ou de son rachat. Un créancier garanti peut lui-même signifier au syndic de choisir d'exercer ou non son pouvoir de racheter la garantie ou de la faire réaliser: article 101.

(9) Biens en fiducie

Les biens détenus par le failli en fiducie pour tout autre personne ou une créance exigible du failli en tant que fiduciaire ne font pas partie des biens du failli: article 47(a). Pour déterminer si les biens sont détenus en fiducie, le droit ordinaire de la fiducie s'applique.

Dans bien des cas, il est difficile de déterminer les biens en fiducie: la façon dont le failli s'en est occupé, soit en les mélangeant à son actif soit en les détournant, peut avoir modifié la forme sous laquelle il les détenait auparavant. Dans le cas de l'argent touché par le failli, les difficultés sont encore plus grandes. Il peut avoir empoché les fond et les avoir utilisés sans les déposer à la banque. Les tribunaux d'"équité" ont rendu justice dans plusieurs cas, mais lorsqu'il est impossible de retrouver les biens ou les fonds, le bénéficiaire de la fiducie peut très bien n'avoir aucun recours. Les récentes dispositions législatives de la Loi sur le régime des pensions du Canada S.R.C. 1970, chap. C-5, art. 24(3) et (4) et de la Loi de l'impôt provincial sur le revenu S.R. 1964, chap. 69, art. 135, objets d'une autre étude (Ordre des priorités), semblent permettre de contourner avec succès ces difficultés.

La Loi sur la faillite comporte des dispositions spéciales pour les biens qui ont déjà appartenu au débiteur, qu'il a déposés en fiducie ou dont il a disposé autrement et qui sont encore en sa possession. Voir les articles 69 à 71. Il faut se rappeler que ces dispositions ne couvrent pas nécessairement les fiducies qui ne sont pas complètement constituées, comme celles où le disposant (le failli) se réserve un pouvoir de disposition ultime, et que le

syndic peut exercer les pouvoirs réservés au failli, dans l'intérêt de la masse. Cela ressort clairement de l'article 47 (d) de la loi. Le syndic peut également se prévaloir, en vertu de l'article 50(6), des lois positives provinciales dans ce domaine et dans d'autres.

Ainsi, une donation faite par le failli, même lorsqu'il était entièrement solvable, et même s'il y avait une preuve concluante, peut être annulée pour absence de conformité aux exigences de livraison et d'enregistrement: sur ce point, voir la Loi sur les contrats de vente des provinces. Lorsque les biens ne sont plus en sa possession, le syndic peut se prévaloir de ces pouvoirs pour les récupérer des tierces personnes.

(10) Droits annulables en cas de faillite

En plus des biens exclus à l'article 47 (a) et (b), il peut y en avoir d'autres que détient le débiteur ou dont il profite et qui ne passent pas au syndic lors de la faillite. Ainsi, lorsqu'une autre personne attribue un avantage au débiteur pour sa jouissance jusqu'à la faillite, puis qu'il passe à une autre personne ou qu'il revient au premier, cet avantage n'appartient pas au syndic. Toutefois, le débiteur ne peut limiter de cette façon ses propres biens pour en profiter jusqu'à la faillite.

(11) Biens soutraits à l'exécution ou à la saisie

L'article 47 (b) de la Loi sur la faillite a exclu bien clairement, à l'application de la loi, les diverses lois provinciales qui soustraient certains biens du failli à la saisie ou à la saisie-exécution. Le syndic ne peut vendre ces biens.

(12) Polices d'assurance sur la vie

Ce ne sont pas toutes les polices d'assurance du failli qui seront dévolues au syndic. Si le montant est payable à un bénéficiaire, les lois provinciales de l'assurance prévoyaient auparavant la

création d'une fiducie en faveur de ce bénéficiaire, et comme le failli lui-même ne peut changer de bénéficiaire, le syndic ne peut le faire non plus. C'était le cas des polices payables aux bénéficiaires privilégiés, avant 1960, soit le conjoint, les enfants et les proches de l'assuré. Le droit dans les provinces de Common Law, qui ont des dispositions uniformes dans ce domaine, a modifié ce système pour toutes les polices prises après 1961, et il faut donc le consulter. L'assuré (débiteur) jouit maintenant d'une plus grande liberté pour changer de bénéficiaires et pour racheter la police; le syndic est également autorisé à exercer ce droit.

(f) Evaluation de l'inventaire

L'évaluation de l'inventaire fait partie intégrante de l'établissement de l'inventaire. L'évaluation doit être faite par le failli, travaillant de concert avec un représentant du bureau du syndic. L'évaluation doit porter sur les factures ou contrats d'achat courants; les stocks désuets, à faible rotation, les marchandises de rebut et abîmées doivent être examinés en détail pour s'assurer que leur valeur n'est pas surestimée par rapport à la valeur nette réalisable.

Lorsque le failli a fait lui-même l'évaluation de l'inventaire, le syndic doit l'examiner et la soumettre à l'épreuve comme suit: "Les prix indiqués dans l'inventaire peuvent être comparés à la valeur nette réalisable (prix de vente estimatifs moins le coût de la finition et de l'écoulement) de groupes individuels ou importants de produits. Toutefois, si les stocks inventoriés sont évalués au prix du marché, leur valeur ne doit pas être inférieure au chiffre de la valeur nette réalisable, moins l'allocation prévue pour une marge bénéficiaire à peu près normale. Par conséquent, le syndic n'est pas tenu de déterminer la valeur des stocks en fonction du coût de reproduction ou de remplacement lorsqu'il existe des preuves acceptables que des groupes individuels ou importants de produits, évalués au prix de revient, seront vendus à des prix qui produiront des marges bénéficiaires normales. Des prix de vente et des commandes courants ou prévus par rapport aux prix de revient courants peuvent consituer des preuves acceptables."

"Inventaires au niveau du détail: Lorsqu'une méthode d'inventaire au détail est utilisée, l'inventaire des marchandises est évalué au prix de détail et les totaux sont comparés avec l'inventaire comptable. Il se peut qu'il aille faire enquête sur un nombre exceptionnel d'articles manquants pour déterminer si la méthode au détail fonctionne de façon appropriée ou si l'on commet des vols excessifs."

2. RAPPORTS EXIGES DES SYNDICS ET DES DEBITEURS EN FAILLITE

La Loi sur la faillite stipule que le syndic doit tenir les livres et registres de son administration et rédiger ou vérifier les rapports servant à exposer le bilan du failli, les causes qui l'ont acculé à la faillite et le rôle du syndic dans l'administration de l'actif du failli.

Entre autres rapports particuliers exigés, mentionnons:

a) le bilan vérifié du débiteur (articles 12 (10), 31 (2), 129 (d) et (formules 31 et 61),

b) le rapport préliminaire aux créanciers (voir art. 80) et le bulletin 11 aux syndics;

c) les rapports périodiques aux créanciers (art. 13 (9));

d) les rapports mentionnés aux articles 140 et 141 (formules 83, 83A);

e) l'état définitif des recettes et des débours et le bordereau de dividendes (articles 13 (11), 123) (formule 54).

a) Bilan du débiteur

Le débiteur qui fait une cession en vertu de l'article 31 doit soumettre un bilan préliminaire, dûment assermenté, sur la formule 31, suivi d'un bilan détaillé sur la formule 61 ou soumettre la formule 61 immédiatement au séquestre officiel. Le syndic doit vérifier le bilan du failli: (article 12(10)). En pratique, le syndic soumet habituellement ces documents lui-même au séquestre officiel.

La vérification du bilan peut être considérée comme la première étape de mise en ordre de l'actif par le syndic. Les biens ont déjà été dévolus au syndic en vertu de l'article 50 (5). C'est une déclaration assermentée et une comptabilité du débiteur à ses créanciers. Le syndic est tenu, en vertu de l'article 13(11), d'expédier trois copies du bilan au surintendant et au statisticien fédéral.

Dans leur vérification, les syndics doivent examiner si le débiteur a fait des erreurs ou omissions matérielles dans cette déclaration et faire la part des erreurs de bonne foi et des omissions délibérées de renseignements.

La vérification du bilan doit comporter les éléments suivants:

(1) Un examen détaillé du grand livre général, des livres des écritures originales et des documents à l'appui; cet examen appuyerait les renseignements fournis par le failli dans son bilan, donnerait une indication quant à savoir s'il a été tenu compte de tous les biens et confirmerait où se trouvent tous les biens.

(2) Le syndic ne fera pas initialement et ne doit pas être tenu de faire une estimation de la somme réalisable sur les biens; cette observation est particulièrement vraie dans le cas des comptes à recevoir; c'est seulement quand le syndic aura envoyé des lettres de recouvrement qu'il aura une idée du caractère recouvrable de cet élément de l'actif.

(3) Un examen des livres et dossiers et des déclarations d'impôt sur le revenu peut révéler des éléments de l'actif tels que des pertes antérieures ou postérieures applicables à l'impôt, ainsi que les remboursements possibles de l'impôt sur le revenu.

(4) Une autre étape du processus de vérification consite à examiner toutes les preuves de réclamations à mesure qu'elles lui parviennent; cet examen peut fournir au syndic des renseignements sur des préférences qui ont pu être accordées à des créanciers.

(5) Le recensement des biens meubles et immeubles.

(6) L'examen des polices d'assurance et autres frais payés à l'avance.

(7) L'examen des baux, droits de brevets et marques de commerce.

(8) L'examan des livres de procès-verbaux et des documents de constitution en société.

Lorsque le syndic soupçonne une infraction, il doit en aviser le surintendant des faillites et les inspecteurs et produire au tribunal la formule 83 (voir article 140).

b) Rapport préliminaire aux créanciers

Conformément à l'article 80, le syndic doit convoquer la première assemblée des créanciers dans les cinq jours qui suivent la date de sa nomination, ladite assemblée devant être tenue au plus tard quinze jours après la date d'expédition des avis. D'après l'article 80(5), les fonctions des créanciers à cette assemblée consistent particulièrement à:

i) examiner les affaires du failli,
ii) confirmer la nomination du syndic ou lui substituer quelqu'un d'autre,
iii) nommer les inspecteurs, et
iv) donner au syndic les instructions que les créanciers jugent opportunes quant à l'administration de l'actif.

Le syndic doit faire rapport à l'assemblée sur sa prise en charge de l'actif, sur la portée de sa vérification et, d'après les renseignements obtenus, donner une estimation du remboursement auquel les créanciers peuvent s'attendre. Le surintendant a établi la forme de ce rapport préliminaire dans le bulletin 11 (1969).

(c) Rapports périodiques aux créanciers, etc.

Selon l'article 13(9), le syndic doit "à l'occasion" faire rapport:

a) à chaque créancier, lorsque les inspecteurs l'en requièrent,

b) à un créancier en particulier, lorsque ce créancier l'en requiert, et

c) aux créanciers ou au surintendant, lorsque le surintendant l'en requiert

et montrer l'état de l'actif du failli, les sommes en caisse, s'il en est, et les détails de tout bien restant invendu."

Pour la préparation et la remise de l'un ou l'autre desdits rapports, le syndic n'a droit de se faire payer sur l'actif du failli que ses débours réels. (article 13(10)).

(d) Rapports exigés par les articles 140 et 141

Selon l'article 140, le syndic doit établir, dans son rapport sur la formule 83, les causes de la faillite, la manière dont le failli a rempli ses obligations légales ou s'est conformé aux ordonnances du tribunal, sa conduite tant avant qu'après la faillite, s'il a été déclaré coupable d'une infraction aux termes de la Loi sur la faillite et tout autre fait, incident ou circonstance qui justifierait le tribunal de refuser une ordonnance de libération pure et simple. Par une résolution, les inspecteurs déclarent s'ils approuvent ou désapprouvent le rapport et dans ce dernier cas, les motifs de la désapprobation doivent être mentionnées. La résolution des inspecteurs doit accompagner le rapport du syndic produit au tribunal avec copie au surintendant, tel que l'exige l'article 140(2).

En ce qui concerne le rapport préparé par le syndic conformément à l'article ci-dessus mentionné, le juge Houlden, dans une opinion incidente à l'affaire Chylinski 12 C.B.R. (n.s.) 258, a averti les syndics de ne pas le traiter comme un document ordinaire, mais bien de le "rédiger", c'est-à-dire de ne pas se contenter de remplir les espaces de la formule imprimée. Le tribunal doit se fonder sur le contenu du rapport pour déterminer s'il doit accorder au failli une libération pure et simple. Le commentaire du C.B.R. 12 (n.s.) 259 se lit comme suit:

> "il est bien évident qu'en remplissant les espaces, un syndic peut facilement laisser échapper certains faits ou aspects importants qui devraient être portés à la connaissance du

tribunal et, de ce fait, le syndic n'aide pas de son mieux le tribunal. Après tout, le syndic est un officier de justice et sa fonction consiste à assister le tribunal."

Selon l'article 140, le rapport constitue un commencement de preuve des déclarations qui y sont contenues: article 140(5). C'est au failli qu'il incombe de réfuter tout fait défavorable à son endroit rapporté par le syndic: affaire Roy C.B.R. 5 (n.s.) 64. Si, en vertu de l'article 130, le syndic ne rapporte aucun fait au tribunal et qu'un créancier désire s'opposer à une demande de libération, il doit établir l'existence desdits faits: affaire Kemper (1961) C.B.R. 2, (n.s.) 130 (Ont.). Si le failli désire contester toute déclaration contenue dans le rapport ou si un créancier désire citer des faits qui ne sont pas dans le rapport, de façon à s'opposer à la libération du failli, il doit en aviser le syndic (dans le cas d'une contestation du créancier, au failli également) en vertu des articles 140(6) et (7) respectivement. Selon la règle 101, le juge qui entend la demande peut entendre une preuve de vive voix du failli et des créanciers opposants.

Il a été jugé que la Loi sur la faillite ne prévoit pas qu'à la demande de libération d'un débiteur, on puisse soulever la question de savoir s'il est coupable de fraude. Pour que le tribunal détermine qu'il y a eu fraude, aux termes de l'article 143(1)(k), il doit y avoir eu condamnation ou décision judiciaire dans une poursuite civile: affaire Kemper; Rice c. Copeland, C.B.R. 7 (n.s.) 288.

Vue la modification de 1966-1967 de la Loi sur la faillite, le syndic doit rédiger et soumettre deux autres rapports (sur la formule 83A) le premier conformément à l'article 141(1), et contenant les renseignements suivants au surintendant, dans les deux mois qui suivent la nomination du syndic, avec clause de prolongation par le surintendant:

"Art. 141(1)(a) Le nom du débiteur et, lorsque le débiteur est une corporation les noms et adresses des administrateurs et dirigeants de la corporation et, le cas échéant, les noms des personnes qui de l'avis du syndic, contrôlaient véritablement les transactions courantes de la corporation ou les affaires du débiteur ou qui, de l'avis du syndic, étaient responsables de la majeure partie du passif du débiteur ou sur les instructions de qui,

de l'avis du syndic, la majeure partie du passif du débiteur a été contractée;

(b) si, de l'avis du syndic, l'insuffisance de l'actif par rapport au passif du débiteur a été expliquée de façon satisfaisante ou, dans la négative, s'il existe des preuves d'une disparition notable de l'actif qui n'est pas expliquée;

(c) l'opinion à laquelle est parvenu le syndic au sujet des causes probables de la faillite après avoir consulté les inspecteurs et d'autres personnes, la faillite devant être présentée comme le résultat d'une ou plusieurs des causes probables énumérées ci-après:

(i) la malchance,
(ii) l'inexpérience,
(iii) l'incompétence,
(iv) la négligence,
(v) l'expansion excessive,
(vi) la spéculation injustifiée,
(vii) la négligence grossière,
(viii) la fraude, et
(ix) autre cause probable (à spécifier);

et

(d) les faits et renseignements sur lesquels le syndic s'est fondé pour parvenir à cette opinion exprimée en conformité des alinéas (b) et (c)."

Le second rapport, selon l'article 141(2), ne renfermant que les renseignements à fournir au surintendant selon les alinéas (a) et (b) du paragraphe (1) de l'article 141, doit être adressé à chacune des personnes énumérées auxdits alinéas, Ce dernier rapport doit être également déposé auprès du séquestre officiel après l'expiration de 60 jours à compter de la date de production du rapport au surintendant sans excéder 90 jours de ladite date. Le paragraphe 4 prévoit la possibilité de modifier le rapport avant sa production auprès du séquestre officiel, à la demande, adressée au tribunal, des personnes touchées par le rapport reçu selon le paragraphe (2). Le syndic est expressément dégagé de la responsabilité de toute déclaration faite ou opinion qu'il a

exprimée de bonne foi dans le rapport (article 141(b)).

L'amendement de 1966-1967 permet au syndic de rendre public le nom de ceux qui ont dirigé les opérations quotidiennes d'une entreprise faillie et la raison pour laquelle l'écart entre l'actif et le passif n'a pas été comblé de façon satisfaisante.

(e) Etat définitif des recettes et des débours

En vertu de l'article 122 et dès qu'il a réalisé tous les biens du failli ou tout ce qui est raisonnablement réalisable et qu'il a réglé ou déterminé toutes les créances contre l'actif du failli, le syndic doit rédiger un état définitif des recettes et des débours et un bordereau de dividendes et, par la suite, partager les biens du failli entre les créanciers, sous réserve des dispositions de la présente loi.

L'état définitif des recettes et des débours préparé par le syndic doit comporter un relevé complet de toutes les sommes d'argent reçues par le syndic sur les biens du failli ou autrement, le montant des intérêts reçus par le syndic, toutes les sommes d'argent déboursées, les dépenses subies et la rémunération réclamée par le syndic ainsi que tous les détails énumérés à l'article 123. L'état définitif se fait sur la formule 54 ou un facsimilé, selon les circonstances.

L'état définitif et le bordereau de dividendes, une fois approuvés par les inspecteurs, sont transmis au surintendant, qui ajoute ses commentaires. Le syndic est tenu de faire tarifier ses comptes par le fonctionnaire taxateur qui a déjà reçu la lettre de commentaires du surintendant. Après la taxation, une copie de l'état définitif et du bordereau de dividendes, accompagnée d'un avis d'intention de payer un dividende définitif, etc. doit être adressée, par courrier recommandé, à chaque créancier dont la créance a été prouvée. Le créancier qui désire faire opposition à l'état définitif et au bordereau de dividendes doit le faire dans les quinze jours qui suivent l'expédition postale de l'avis.

L'article 125 stipule que le syndic doit déposer auprès du receveur général du Canada tous les dividendes non réclamés, avant sa propre libération.

3. REVELATION DES INFRACTIONS ET POURSUITES CRIMINELLES

En vertu de l'article 12(13), le syndic, s'il en reçoit l'autorisation des créanciers, des inspecteurs ou du tribunal, peut intenter des poursuites criminelles contre toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction à la Loi sur la faillite. De plus, en vertu de l'article 176(3), le tribunal peut accéder à une demande et autoriser des poursuites criminelles contre toute personne s'il a des motifs de croire qu'elle s'est rendue coupable d'une infraction prévue par la Loi sur la faillite ou par toute autre loi fédérale ou provinciale du Canada relative à un failli, à ses biens ou à ses opérations. A cause de la réticence des créanciers ou du manque d'argent, la plupart des enquêtes sur ces délits sont effectuées par le surintendant des faillites, en vertu des articles 6 et 7. Le surintendant peut enquêter ou faire des recherches sur tout renseignement ou toute plainte qui laisse croire qu'une infraction à la Loi sur la faillite ou à toute autre loi du Parlement du Canada a été commise, s'il lui apparaît que l'affaire peut par ailleurs n'être l'objet d'aucune enquête.

4. CONFLIT D'INTERETS

Le syndic joue le rôle d'un fiduciaire envers toutes les personnes qu'il a l'obligation de protéger. Une personne est censée se trouver dans une relation fiduciaire avec une autre personne lorsqu'elle jouit de droits et de pouvoirs qu'elle est tenue d'exercer à l'avantage de cette autre personne. Il ne lui est donc pas permis de retirer quelque avantage ou profit de la relation qui existe entre elles, sauf si l'autre personne en est avertie et y consent. C'est le genre de relation qui existe entre le fiduciaire et le bénéficiaire, l'avocat et son client, le commettant et son mandataire, et d'une façon générale, entre deux personnes dont l'une met sa confiance en l'autre.

Dans le droit sur la faillite, le syndic de la faillite détient les biens qui lui sont dévolus en fiducie pour les créanciers ainsi que pour le failli lui-même. Il est tenu de découvrir, de réaliser et de distribuer les biens aux créanciers et, s'il y a un surplus, de le remettre au failli. Pour cela, le

syndic a le droit d'examiner les biens, les livres, les dossiers, les documents, les écrits etc. du failli, d'en prendre possession et de les administrer, de faire enquête sur les preuves déposées par les créanciers ainsi que de les accepter, de les rejeter, de les corriger, de les réduire ou de les négocier, selon le cas. Il est également tenu de divulguer aux autorités compétentes une infraction contre une de ces obligations par le failli lui-même, y compris un acte criminel, et si l'infraction l'exige, d'intenter des poursuites criminelles ou d'y collaborer.

Ces droits et ces obligations conduisent inévitablement à l'établissement d'une relation de confiance non seulement entre le syndic et les créanciers, mais également entre le syndic et le failli, voir même la société. Les occasions ne manquent pas où il pourrait retirer un profit personnel d'une transaction, où il peut supprimer ou révéler une information ou encore en profiter, où il peut se montrer discret sur des procédés de mauvaise foi ou peu corrects et où il peut se mettre d'accord avec d'autres personnes ou d'autres groupes pour atteindre ces fins. La loi fait obstacle à ces tentatives en prévoyant des mesures préventives à l'article 173.

"Article 173(1)(h):

> Quiconque, étant un syndic, conclut un arrangement dans des circonstances quelconques avec le failli ou avec un procureur, un commissaire-priseur ou une autre personne employée relativement à une faillite, pour un cadeau, une rémunération, une contrepartie ou un avantage pécuniaire ou autre, quelle qu'en soit la nature, excédant la rémunération payable sur l'actif, ou accepte une telle contrepartie ou un tel avantage de cette personne, ou conclut un arrangement pour céder une partie de sa rémunération, soit comme séquestre ou comme syndic, au failli ou à un procureur, un commissaire-priseur ou une autre personne employée relativement à la faillite, ou cède une partie de cette rémunération, est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus mille dollars ou d'un emprisonnement d'au plus un an, ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement."

"Article 173(3):

> Rien dans l'alinéa (1)(h) ne doit s'interpréter comme s'appliquant à un partage des honoraires du syndic entre des personnes qui font ensemble fonction de syndic de l'actif d'un failli ou de syndic conjoint à celui d'une proposition."

Indépendance et impartialité

Le syndic ne doit pas avantager un bénéficiaire au détriment des autres. Cela implique qu'il doit être libre de tout préjugé en faveur ou contre les bénéficiares, les créanciers ou le failli. Il doit être indépendant et accomplir son travail avec impartialité, traiter chacun selon son dû et éviter de donner un avantage à l'un aux dépens d'un autre. Comme le disait le juge en chef Cardozo au nom de la Cour d'appel de New York dans l'affaire Meinard c. Salmon (1928) 249 N.Y. 458, à la page 464:

> "Beaucoup de façons d'agir qui sont permises, dans la vie courante, à ceux qui concluent des transactions commerciales ordinaires, sont interdites à ceux qui sont liés par des liens de fiducie. Un fiduciaire est lié par des préceptes plus sévères que la simple éthique du monde des affaires. Sa norme de conduite n'est pas seulement l'honnêteté, mais la sensibilité pointilleuse de l'honneur . . . On a réussi à maintenir la conduite des fiduciaires à un niveau plus élevé que celui du commun des mortels."

Le syndic doit éviter de se placer dans une situation où son intérêt pourrait entrer en conflit avec ses fonctions. Comme le disait le Lord Chancellor Cranworth dans l'affaire Aberdeen Railway Co. c. Glaikie Brothers (1954) 1 Macq. 461 (H.L.):

> " . . . un principe général appliqué de façon universelle veut qu'aucune personne, chargée de telles fonctions, ne soit autorisée à se lier par des engagements dans lesquels elle a ou peut avoir un intérêt personnel qui entre ou peut entrer en conflit avec les intérêts des personnes qu'elle est chargée de protéger. On observe ce principe de façon si rigide qu'il n'est même pas permis de se demander si un tel contrat est juste ou non."

Lord Herschell déclare, dans l'affaire Bray c. Ford (1896) A.C. 44, que cette règle n'est pas fondée sur des principes d'éthique, mais plutôt "sur la constatation qu'étant donné la nature humaine, il existe un danger, dans ces circonstances, que la personne jouant le rôle de fiduciaire soit motivée par son intérêt plutôt que par son devoir et compromettre ainsi ceux qu'elle est chargée de protéger (à la page 51)."

Pour s'assurer l'indépendance et l'impartialité du syndic et éviter qu'il ne devienne un simple instrument de ceux qui le désignent, en Angleterre, la loi sur la faillite (Bankruptcy Act) de 1883 comporte une disposition (article 21(2)) qui accorde au Board of Trade le pouvoir de s'opposer à la nomination d'un syndic "si ses rapports ou ses liens de parenté avec le failli ou la masse de la faillite lui permettent difficilement d'agir de façon impartiale dans l'intérêt des créanciers." Le Board of Trade s'est prévalu de cet article et s'est opposé avec succès à la nomination par les créanciers d'une personne qui avait été désignée antérieurement comme cessionnaire d'un contrat; on a prouvé devant le tribunal qu'il surgirait entre lui et la faillite des conflits qui lui permettraient difficilement de demeurer impartial: In re Martin, Ex p. Board of Trade (1888) 21 Q.B.D. 29. Voir aussi In re Mardon (1896) 1 Q.B. 140. Dans une autre affaire, Stovold, Ex p. Board of Trade 60 L.T. 190, à la demande d'un créancier important du débiteur qui se trouvait en difficulté, B., le comptable du débiteur, a assumé l'administration de ses affaires et, à ce titre, a effectué des paiements et reçu des sommes d'argent au nom de l'actif du débiteur. Avec le consentement du débiteur, il a retenu une part de cet argent à titre de frais raisonnables. Par la suite, le débiteur est mis en faillite et les créanciers nomment B. syndic de la faillite. Le tribunal a accueilli l'opposition du Board of Trade et a déclaré que, dans les circonstances, il serait presque impossible que B. agisse de façon impartiale en tant que syndic lorsqu'il aurait à trancher les questions soulevées par ses propres transactions avec l'actif. Dans l'affaire Lamb, Ex p. Board of Trade (1894) 2 Q.B. 805, le tribunal a refusé de confirmer la nomination de la même personne comme syndic de deux faillites, si elle a des intérêts financiers à ce que l'une des faillites obtienne le règlement de sa créance contre l'autre, puisqu'il "(traduction) peut difficilement agir de façon impartiale". Et dans l'affaire Ex p. Molineaux, 1 Deac. 603, le tribunal a ordonné une enquête pour vérifier la véracité d'une prétention selon laquelle le syndic avait comploté frauduleusement avec le failli pour se faire élire à la fonction de cessionnaire.

La loi sur la faillite (Bankruptcy Act) de 1914, chap. 59 (Angleterre) a modifié l'article 21(2) de la loi de 1883 et en vertu de l'article 95(2)(d), le Board of Trade peut se prévaloir des mêmes motifs pour demander le relèvement du syndic de ses fonctions, même après sa nomination.

Plusieurs tribunaux du Canada ont jugé que les principes de la jurisprudence anglaise devraient s'appliquer ici. Dans l'affaire Dickinson (1892) 2 B.C.R. 262, (C.-B.), le procureur du failli a été relevé de ses fonctions de syndic. Dans l'affaire Walter Shaw Ltd. (1922) 3 C.B.R. 198 (Sask.), les administrateurs et les actionnaires du syndic étaient des créanciers importants du débiteur et le syndic a été relevé de ses fonctions à cause du conflit qui pouvait survenir entre les intérêts et les obligations des agents du syndic. Dans l'affaire Queen's Royal Ltd (1922) 3 C.B.R. 450 (Ont.), à la page 450, le tribunal a jugé que le fiduciaire des détenteurs d'obligations d'une société insolvable ne devait pas être nommé syndic par une ordonnance de séquestre à cause du conflit d'intérêts qui pouvait survenir. Dans l'affaire Erie Gas Co. Ltd (1938) 20 C.B.R. 14 (Ont.), le tribunal a décidé de relever et de remplacer un syndic qui était créancier, actionnaire et secrétaire-trésorier de la société faillie. Et dans l'affaire Lake Shore Golf & Country Club Ltd (1933) 15 C.B.R. 123 (Ont.), le juge Armour a refusé d'autoriser l'ancien vérificateur du débiteur d'être nommé séquestre par une ordonnance de séquestre parce que ses actes à titre de vérificateur et d'employé du débiteur risquaient d'être attaqués de façon directe ou indirecte. Par ailleurs, dans l'affaire Déry; Ruel c. Struzer (1958) C.S. du Qué. 245, le tribunal a jugé que le seul fait qu'un comptable agréé, qui détenait également une licence de syndic, avait agi à titre de comptable du débiteur pendant plusieurs années avant la faillite ne suffit pas à l'empêcher d'être nommé syndic de la faillite; en l'absence d'une preuve de partialité, de malhonnêteté ou de mauvaise foi, une requête fondée uniquement sur sa charge antérieure est rejetée. Dans une autre affaire, United Investments Ltd and Deacon c. Union Gas Co. of Canada Ltd (1966) 1 O.R. 165 (C.A. de l'Ont.), l'un des créanciers a tenté de faire opposition à la nomination comme liquidateur de la United Fuel, la Clarkson Company, dont la société-mère, Clarkson, Gordon & Co., agissait depuis de nombreuses années à titre de vérificateur pour la United Fuel et ses filiales ainsi que pour la Union Gas Co. L'opposition se fondait sur la possibilité d'opinion préconçue, et sur le fait que le liquidateur se trouvait en situation de "conflit d'intérêts" qui l'empêcherait d'exécuter ses fonctions en qualité d'officier indépendant de justice, d'intervenir sans partialité entre le groupe minoritaire

d'actionnaire et l'actionnaire principal, la Union Gas Company. Toutefois, le tribunal a rejeté la prétention parce qu'on n'avait pas prouvé que le seul fait de l'association entre le bureau de vérificateurs et la Clarkson Company aurait privé celle-ci de l'indépendance et de l'impartialité qu'on attend du liquidateur. Cependant, le tribunal a souligné que, si l'on avait fait opposition plus tôt à la nomination du liquidateur, la question n'aurait pas fait l'objet d'un long débat entre les parties, puisque le liquidateur provisoire aurait pu se retirer sans que sa réputation professionnelle n'en souffre.

Les dispositions de la Loi sur la faillite au sujet de la nomination d'un syndic se retrouvent aux articles 31(4) et 25(9). L'article 31(4) stipule que, lorsque le séquestre officiel accepte la production de la cession, il doit, autant que faire se peut, choisir un syndic en tenant compte des désirs des créanciers les plus intéressés, s'il est possible de s'en rendre compte à ce moment; le séquestre officiel doit compléter la cession en y insérant comme concessionnaire le nom du syndic. D'après l'article 25(9), lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, le tribunal doit nommer un syndic autosisé à titre de syndic des biens du failli, en tenant compte, dans la mesure où le tribunal le juge équitable, des désirs des créanciers. L'article 94(2) traite de la nomination des inspecteurs et précise qu'"aucune personne, partie à une action ou procédure contestée par ou contre l'actif, ne peut être nommée ou agir en qualité d'inspecteur". Sauf ces dispositions, il n'existe aucune interdiction directe de la nomination d'une personne à titre de syndic ou d'inspecteur, même si elle peut avoir des rapports étroits avec le failli ou les créanciers.

L'une des premières recommandations formulées par un organisme législatif apparaît dans le rapport du Lawrence Committee on Company Law (Comité du droit des sociétés), à la page 91. Cette recommandation traite de la nomination d'un vérificateur à titre de syndic, de séquestre, etc. de façon à protéger son indépendance et d'assurer qu'il agit à tout moment dans l'intérêt des actionnaires qui le nomment. Le comité recommande que la Corporations Act (Loi des sociétés) de l'Ontario soit modifiée pour interdire de nommer le vérificateur d'une société comme séquestre ou séquestre et administrateur ou encore comme liquidateur ou comme syndic de faillite d'une société dont il est ou a été depuis deux ans le vérificateur. Cette recommandation est maintenant incorporée à l'article 170(6) de la Business Corporations Act, (Loi des entreprises commerciales), R.S. 1970, chap. 53, quoique sous une

forme opposée pour éviter des problèmes constitutionnels.

Dans le mémoire de l'Institute of Chartered Accountants of Ontario, le conseil de l'institut considère qu'au nom de leur profession, les membres de l'institut devraient éviter non seulement les conflits d'intérêts possibles, mais également toute fonction qui pourrait laisser croire à un observateur raisonnable qu'il existe un conflit d'intérêts. "(traduction) En conséquence, à compter de ce mémoire, un membre ou son associé ne peut être syndic de faillite ou syndic d'une proposition pour un client dont il est, ou dont il a été depuis deux ans, le vérificateur. De plus, lorsqu'un membre ou son associé a agi pour un client à un autre titre que celui de vérificateur, il ne devrait accepter la nomination comme syndic que s'il peut agir de façon indépendante. A titre d'orientation et sans tenter de prévoir toutes les circonstances, on peut dire qu'il ne serait pas souhaitable qu'un membre engagé à titre de comptable (par exemple, pour préparer des états financiers non vérifiés) ou d'expert-conseil (par exemple, sur des questions de fiscalité ou tout autre conseil financier) soit nommé comme syndic sous le régime de la Loi sur la faillite s'il a exercé ses fonctions d'expert-conseil auprès de ce client au cours des deux ans qui précèdent sa nomination; par ailleurs, un membre qui aurait agi à titre de conseiller en gestion (par exemple, pour l'analyse d'une réorganisation financière qui comporte une proposition aux créanciers sous le régime de la Loi sur la faillite) pourrait facilement agir de façon indépendante à titre de syndic de la proposition relative à la réorganisation. Avant d'accepter une cession sous le régime de la Loi sur la faillite, un membre devrait aussi s'assurer que ses rapports, ou ceux de ses associés, avec d'autres clients qui ont un intérêt dans l'actif de la faillite ne l'empêchent pas d'agir de façon indépendante" (Mémoire daté du 12 mars 1971).

Les propositions du comité Lawrence sont cependant assez limitées en matière de faillite. Le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité est allé plus loin et suggère que la Loi sur la faillite définisse ce qui constitue un conflit d'intérêts et "prévoie qu'il y a conflit d'intérêts chaque fois que, durant les deux années précédentes, une personne a agi pour un débiteur ou lui a été liée ou associée directement ou indirectement à titre professionnel ou commercial." A son avis, une personne qui exerce ou se propose d'exercer une quelconque activité professionnelle dans une faillite, est en conflit d'intérêts chaque fois que ses services la mettent en position,

"(i) d'appuyer ou de divulguer ce que ses devoirs envers une autre personne l'obligent à contester ou à ne pas révéler, ou

(ii) de combattre ou de dissimuler ce que ses devoirs envers une autre personne l'obligent à appuyer ou à divulguer." (alinéa 3.6.50)

En vertu d'une telle règle, un avocat ne pourrait représenter la faillite de son client à moins que cette faillite ne survienne deux ans après que le débiteur ait cessé d'être le client de l'avocat. Dans les mêmes conditions, le comptable ou le vérificateur d'un débiteur ne pourrait être syndic de la faillite de ce dernier, ni y exercer une quelconque activité professionnelle". (par. 3.6.51). Le comité recommande qu'il soit interdit à toute personne en conflit d'intérêts d'agir pour une faillite administrée en vertu des dispositions de la Loi sur la faillite. (par. 3.6.52)

Après sa nomination, le syndic peut se retrouver à des degrés divers de conflit entre son intérêt et ses fonctions. Les situations peuvent varier. Il ne devrait pas accepter d'engagements qui le forcent à compromettre sa position, soit vis-à-vis des créanciers, individuellement ou collectivement, soit vis-à-vis d'autres requérants, soit vis-à-vis d'autres personnes qui traitent avec le syndic en tant que représentant de l'actif. Le syndic devrait faire preuve d'un jugement impartial sur la vérité ou la validité d'une créance et il devrait, en cas de doute ou de difficulté, demander des conseils juridiques nécessaires. Quoiqu'il ait le droit de défendre jusqu'à la limite les droits des créanciers ordinaires, il ne devrait pas exploiter chaque difficulté technique disponible pour contrecarrer les droits de n'importe lequel d'entre eux qui pourrait avoir une créance juste contre l'actif. Dans le cas d'espèce, l'affaire Thelusson, Ex p. Abdy (1919) 2 K.B. 735, le Lord justice Duke déclare, à la page 756:

> "Le tribunal n'autorise pas son officier (le syndic) a s'appuyer sur un principe de droit ou d'équité dans l'administration d'un actif de faillite qui relève du tribunal, si cette façon de faire peut produire un résultat injuste."

Par ailleurs, le syndic ne devrait pas admettre des créances dont la validité est douteuse, ni donner aux créanciers garantis toute liberté de s'occuper de leur garantie sans s'enquérir si oui ou non il serait plus avantageur de la racheter.

Le syndic devrait s'acquitter de sa tâche avec fidélité et diligence et devrait administrer l'affaire comme un homme d'affaires prudent veillerait à son entreprise.

Quant à la vente des biens du failli, le syndic doit se conduire de façon juste et irréprochable. Il est maintenant bien établi qu'il est interdit au syndic d'acheter des biens de l'actif, directement ou indirectement. Dans le cas d'espèce, l'affaire The York Building Co. c. Mackenzie (1795) 8 Bro. P. C. 42, (qui était entendue en appel à la suite d'un jugement rendu en Ecosse), Mackenzie, alors qu'il occupait les fonctions du "common agent" pour la vente de l'actif des appelants qui étaient devenus insolvables, en avait acheté une partie à une vente aux enchères ordonnée par le tribunal. Quoiqu'il en soit demeuré propriétaire pendant presque onze ans après l'achat et qu'il se soit entièrement libéré de tout soupçon de fraude, la Chambre des Lords a jugé que, étant donné qu'il occupait une fonction qui l'engageait face à l'insolvable et aux créanciers à obtenir le prix le plus élevé, il n'avait pas le droit de se placer dans une situation où il était dans son intérêt que le prix soit le plus bas possible. C'était une affaire importante parce qu'il y avait eu consentement pendant plus de onze ans, que les accusations de fraude n'avaient pas été prouvées et que l'achat s'était fait lors d'une vente aux enchères. Les procureurs du répondant étaient Lord Eldon et Sir William Grant. Mais la Chambre des Lords a considéré que le principe général était si important et d'une étendue si universelle qu'elle infirma le jugement de la Cour des Sessions et annula la vente.

Dans un autre cas d'espèce, l'affaire Keech c. Sandford (1726) Sel. Cas. Ch. 61, le fiduciaire d'un mineur pour un bail de marché a obtenu un renouvellement du bail pour lui-même après que le bailleur eut refusé de le renouveler en faveur du mineur. Le tribunal a néanmoins jugé que le fiduciaire devait conserver le produit du renouvellement en fiducie pour l'enfant.

Comme le soulignait le Master of the Rolls, sir William Grant, dans l'affaire Lister c. Lister (1802) 6 Ves. 631:

> "Il s'agit d'un principe d'ordre général établi afin d'empêcher les fraudes et les abus possibles; en effet, il n'est pas toujours possible de savoir si les biens ont été vendus à un prix plus bas."

Ce principe s'applique à toutes les catégories de biens. De plus, le syndic ne peut pas vendre à une personne qui serait, en fait, son propre fiduciaire: voir l'affaire Campbell c. Walker (1800) 5 Ves. 678, 13 Ves. 601; et toutes les autres ententes détournées pour arriver à la même fin sont également nulles. Si le fiduciaire s'est retiré de la fiducie dans le but d'acquérir les biens, la vente peut être annulée: voir Wright c. Morgan (1926) A.C. 788 (P.C.); mais il en va autrement si, au moment de son retrait, le fiduciaire n'avait pas l'intention de faire cet achat, sauf si les circonstances démontrent qu'il a fait l'achat en se servant de connaissances acquises pendant qu'il était fiduciaire: voir l'affaire Boles & British Land Co's Contract (1902) 1 Ch. 244.

Les mandataires à qui leurs fonctions permettent d'acquérir une connaissance privilégiée des circonstances entourant les biens de leur commettant sont aussi soumis à ce principe. Dans l'affaire Ex p. Tanner (1803) 8 Ves. 337, Lord Eldon a étendu la règle à l'achat de l'actif d'un failli par le procureur de la commission de faillite et a fait cette remarque:

> "Cette doctrine relative à l'achat par des fiduciaires, des cessionnaires et des personnes dont les fonctions ont un caractère confidentiel, se fonde beaucoup plus sur des principes généraux que sur les circonstances entourant un cas particulier. En voici le fondement: la vente n'est jamais permise, peu importe que les circonstances soient honnêtes; l'intérêt général de la justice exige qu'elle soit annulée dans chaque cas puisqu'aucun tribunal ne peut examiner et garantir la vérité dans la plupart des cas."

Si le procureur n'a pas eu de rapports avec l'actif qui pose le problème, comme c'est le cas s'il est engagé comme conseiller sur des points précis, même s'il a pu influencer le syndic, la vente ne sera pas annulée si le prix est juste, si le syndic est bien informé et si celui-ci a pu bénéficier des conseils d'un autre procureur: voir l'affaire Edwards c. Meyrick (1842) 2 Hare 60.

Les inspecteurs nommés par les créanciers ont également une position de fiduciaires à leur égard et sont soumis aux mêmes principes. Cependant, la Loi sur la faillite comporte une interdiction expresse à leur égard à l'article 94(11) au sujet de l'achat direct ou indirect des biens sans l'approbation préalable du tribunal.

Inspecteurs de la faillite

Introduction

Sous le régime de la Loi sur la faillite, c'est par l'entremise d'inspecteurs dûment élus que les créanciers exercent leur surveillance sur le syndic. Le principe de la loi est de conférer aux créanciers un pouvoir général d'administration qu'ils exercent par l'entremise des inspecteurs; sauf dans les cas où les inspecteurs agissent en fraude ou de mauvaise foi, contrairement aux intérêts de la masse, le tribunal n'intervient pas. Le pouvoir suprême revient aux créanciers. Ce sont eux qui nomment le syndic ou le destituent, ce sont eux qui nomment ou destituent les inspecteurs.

1. Nomination des inspecteurs

Les créanciers sont obligés de nommer un ou plusieurs, sans excéder cinq, inspecteurs, soit à la première assemblée, soit à une assemblée ultérieure, le calcul des voix étant pondéré conformément à l'article 93. Au cas d'"administration sommaire", la nomination d'inspecteurs n'est pas obligatoire.

Il a été jugé qu'il est interdit de nommer inspecteur un créancier garanti: Shink c. Gingras (1962) 3 C.B.R. (nouvelle série) 309. Ce jugement semble mal fondé, puisque la loi ne subordonne la nomination à aucune condition.

2. Situation des inspecteurs

Les inspecteurs sont dans la situation de fiduciaires envers la masse des créanciers qui les nomme; ils sont tenus d'exercer leurs fonctions impartialement, dans l'intérêt de tous les créanciers: Taylor c. Davies (1920) A.C. 636 (P. C.); affaire Bryant Isard & Co., ex parte Higginson, 4 C.B.R. 41, à la p. 48; affaire Kleckner, Huck & Co. Ltd. c. Bank of Toronto (1940) 4 D.L.R. 815 (Sask.). Ils ne doivent donc pas permettre que leur fonction d'inspecteur les mette en opposition avec quelque autre intérêt; au cas de pareil conflit, ils perdent le droit d'exercer la fonction d'inspecteur: affaire Fentiman, 7 C.B.R. 355.

Nous avons étudié les fonctions et les obligations des fiduciaires dans un chapitre précédent (voir p. 26). Afin d'assurer que ne surgisse aucun conflit d'intérêts, le paragraphe (2) de l'article 94 de la Loi dispose que:

"Aucune personne, partie à une action ou procédure contestée par ou contre l'actif, ne peut être nommée ou agir en qualité d'inspecteur."

Dans l'affaire des Lions d'Or Ltée; Hamel c. De Coster 8 C.B.R. (nouvelle série) 171, le tribunal a jugé qu'il est interdit à l'inspecteur qui est procureur de représenter quelqu'un qui intente un procès à la faillite, même si à la rigueur, cela n'est pas contraire au paragraphe (2) de l'article 94. De même, dans l'affaire Stern, 11 C.B.R. 186, le tribunal a jugé qu'un procureur ne peut être à la fois inspecteur et procureur du syndic, les deux fonctions étant imcompatibles.

Et dans l'affaire Wimco Steel Stales Co. Ltd (1971) 14 C.B.R. (nouvelle série) 288, le juge Houlden a conclu que l'administrateur d'une société participant à un procès contre la masse ne doit pas être nommé inspecteur. Voir les observations au 14 C.B.R. (nouvelle série), à la page 290.

De plus, le paragraphe (11) de l'article 94 interdit expressément à l'inspecteur d'acheter ou d'acquérir, soit pour lui, soit pour une autre personne, directement ou indirectement, tout bien de l'actif, sauf autorisation préalable du tribunal.

Le problème que pose le désir d'un inspecteur d'acheter les biens de l'actif se pose quelquefois après que les offres ont été décachetées, lorsqu'un inspecteur est disposé à surenchérir. Il faut refuser ce genre d'offre, au nom de l'administration correcte et légale des faillites en général; comme dans le cas contraire, aucun offrant n'aurait la certitude qu'un rival bénéficiant de renseignements confidentiels ne ruinerait pas son enchère, cela inévitablement détournerait les offrants de se présenter à l'avenir. Dans l'affaire Pretty Fashions Inc. c. Rudie & Grobstein (1951) 31 C.B.R. 217 (Québec), le tribunal a jugé que pareil usage est injuste, constitue une pratique incorrecte et dangereuse, susceptible de détourner les offres.

3. Fonctions et responsabilités

(a) Généralités

Les inspecteurs sont nommés pour contrôler les activités du syndic et lui donner des instructions précises au sujet des actes qu'il ne peut exécuter qu'avec leur autorisation. L'article 14 énumère les actes qui nécessitent l'autorisation des inspecteurs; ces actes constituent à peu près toute l'administration de la faillite par le syndic:

Voici donc ces actes d'après l'article 14:

(a) aliéner les biens du failli, par soumission, enchère publique ou de gré à gré;
(b) donner à bail des biens;
(c) continuer le commerce du failli;
(d) intenter ou contester toute action ou autre procédure judiciaire;
(e) employer un avocat pour quelque affaire approuvée des inspecteurs;
(f) accepter un somme d'argent payable à une date future et une garantie pour contrepartie de la vente de quelque bien du failli;
(g) contracter des obligations;
(h) transiger sur toute dette due au failli et la régler;
(i) transiger sur toute réclamation faite par ou contre l'actif;
(j) partager un bien qui ne peut être promptement ni avantageusement vendu;
(k) traiter de tout bail ou autre intérêt se rattachant à un bien du failli;
(l) nommer le failli pour aider à l'administration de l'actif."

Les tribunaux ont jugé que le syndic qui accomplit un des actes énumérés à l'article qui précède sans l'autorisation expresse des inspecteurs peut ainsi se rendre personnellement responsable envers l'actif. Mais les inspecteurs peuvent ratifier ses actes par la suite: voir Office Specialty Mfg. Co. c. Eastern Trust Co. 13 C.B.R. 166; affaire J. Calaghan 13 C.B.R. 256.

L'article 14 a pour but d'épargner à la masse des frais injustifiés et en même temps de permettre au syndic de profiter de l'expérience commerciale des inspecteurs. Au lieu de recevoir carte blanche, le syndic obtient l'autorisation de faire certains actes précis à un moment déterminé.

De même, le paragraphe (3) de l'article 13 impose au syndic d'obtenir l'autorisation écrite des inspecteurs ou une ordonnance du tribunal, pour retirer l'argent du compte fiduciaire de la masse, sauf quant au paiement de dividendes et de dépenses nécessitées par l'adminintration de la faillite.

(b) Surveillance:

(i) Généralités

Les inspecteurs doivent vérifier si l'administration du syndic est convenable en examinant certains documents et comptes connexes. La loi permet aux inspecteurs de s'acquitter de cette fonction en disposant que la comptabilité et les archives de la faillite doivent être communiquées.

(ii) Communication des renseignements

Le paragraphe 7 de l'article 13 déclare que la comptabilité, les archives et documents relatifs à l'administration des biens de la faillite sont censés propriété de la masse. Le paragraphe 8 de l'article 13 va plus loin; il oblige le syndic à permettre que certaines personnes, parmi lesquelles les créanciers ou leurs mandataires, examinent et copient les livres de compte et documents de la faillite, à tout moment jugé raisonnable. En tout cas, en vertu du paragraphe 9 de l'article 13, le syndic doit, en tout temps, rendre compte à tous les créanciers, si les inspecteurs le demandent, à un créancier en particulier si celui-ci le demande ou à la masse des créanciers si le surintendant des faillites le demande. La reddition de comptes a pour but de montrer "l'état de l'actif du failli, les sommes en caisse, s'il en est, et les détails de tout bien restant invendu."

Le syndic a le droit de se faire payer sur l'actif du failli les débours nécessités pour la préparation et la présentation de ces comptes (paragraphe 10) de l'article 13).

(iii) Fonctions particulières

Assurances: Les paragraphes (1) et (2) de l'article 13 traitent de l'assurance de la propriété du débiteur. Lo loi oblige le syndic à assurer provisoirement tous les biens de l'actif, pour la somme qu'il juge convenable, jusqu'à la nomination des inspecteurs.

Une des premières tâches des inspecteurs consiste à déterminer pour quel montant et contre quels risques le syndic doit assurer les biens du failli.

Comptes: Le paragraphe (13) de l'article 94 oblige expressément les inspecteurs à vérifier "à l'occasion" certains éléments de l'actif. Ils doivent donc,

(1) vérifier le solde en banque,
(2) examiner les comptes du syndic, et
(3) s'enquérir de la suffisance du cautionnement déposé par le syndic (garantie de la masse).

Les inspecteurs sont aussi obligés de ratifier l'état définitif des recettes et des débours du syndic, le bordereau de dividendes et l'emploi des biens qui n'ont pas été réalisés.

Cependant, la Loi sur la faillite énonce les conditions à remplir par les inspecteurs avant d'être en mesure de donner un avis sur l'état définitif des recettes et des débours du syndic.
C'est-à-dire que les inspecteurs doivent s'assurer:

(1) que tous les biens sont comptabilisés,
(2) que l'administration de l'actif est complète, dans la mesure raisonnable,
(3) que les débours et dépenses sont corrects et dûment autorisés,

(4) que les honoraires et la rémunération sont justes et raisonnables dans les circonstances (par. 14 de l'art. 94)

Si un inspecteur estime ne pas être convaincu sur les points qui précèdent, il doit en informer le syndic par écrit, en indiquant les motifs pour lesquels il désapprouve le compte. Il faut adresser copie de cet avis au surintendant des faillites, pour son information.

Si l'inspecteur ne peut parvenir à un accord avec le syndic, il doit exercer un recours en présentant ses objections au fonctionnaire taxateur lors de la tarification du compte, au tribunal.

(c) Mesures à prendre

(i) Assemblées

Le paragraphe (6) de l'article 94 autorise le syndic à convoquer les inspecteurs en assemblée quand il le juge opportun, bien que la majorité des inspecteurs ait aussi le pouvoir d'obliger le syndic à convoquer l'assemblée, en faisant la demande par écrit. Les tribunaux semblent d'avis que les inspecteurs ne peuvent exercer leurs fonctions qu'en corps, à une assemblée convoquée selon les règles. En d'autres mots, il faut que les inpecteurs soient présents pour constituer une assemblée: voir affaire Chrétien: Ouellette c. Boucher (1962) 32 C.B.R. (nouvelle série) 133 (Québec). Il semble que cet usage soit limité au Québec.

(ii) Décisions des inspecteurs

Les décisions administratives sont prises au moyen de résolution adoptées par la majorité des inspecteurs à une assemblée convoquée dans les formes.

Pour résoudre un partage égal d'opinion, il faut communiquer avec un inspecteur absent. Lorsqu'il est impossible de résoudre une divergence d'opinion de cette manière, le syndic peut la résoudre lui-même, à moins que la décision ne concerne sa conduite ou son intérêt personnels; dans ce cas, c'est aux créanciers ou au tribunal à résoudre la question (par. 7 de l'art. 94).

Le syndic peut en référer au tribunal lorsque surgit un conflit d'opinion entre lui et les inspecteurs (par. 1) de l'art. 16 et (10) de l'art. 94).

La loi confère aussi à tout intéressé le droit d'en référer au tribunal lorsqu'il estime que la décision des inspecteurs est préjudiciable à la masse (par. 10) de l'art. 94).

Comme dans d'autres domaines, les tribunaux ont un rôle de surveillance sur cet aspect de l'administration. Le tribunal a le pouvoir d'annuler les décisions des inspecteurs et de rendre l'ordonnance appropriée dans les circonstances: affaire Légacé, 3 C.B.R. 128.

En principe, on estime qu'un inspecteur ne peut déléguer sa fonction, et doit participer en personne au processus de décision.

Au cas de conflit entre les décisions des inspecteurs et celles des créanciers, les ordres des créanciers sont prépondérants (par. 9) de l'art. 94). La loi confère aux créanciers une position prépondérante dans la surveillance de l'administration de la faillite, même si des inspecteurs sont nommés.

(iii) Action des inspecteurs

Lorsque les créanciers possèdent des renseignements concernant l'actif, les préférences frauduleuses, les marchés entre le failli et ses parents ou une société apprentie et autres abus, ces questions doivent ordinairement être portées à l'attention du syndic et des inspecteurs.

Les inspecteurs doivent se concerter avec le syndic sur la meilleure conduite à suivre dans l'intérêt des créanciers, lorsque ces situations se présentent. Si les inspecteurs soupçonnent une infraction à la loi, ils doivent en discuter avec le syndic. Ordinairement, le syndic signale l'affaire au surintendant. Toutefois, cela ne doit pas empêcher un inspecteur de signaler l'affaire directement au surintendant lorsqu'il l'estime opportun, en prévenant le syndic de sa démarche. L'article 133 de la loi confère aux inspecteurs le pouvoir de demander au syndic d'inter-

roger sous serment les personnes informées, devant le registraire ou une autre personne autorisée.

(iv) Vente de l'actif

Les inspecteurs doivent autoriser le syndic quant aux modalités de la vente, privée ou publique, de l'actif de la faillite. L'étude sur les modes de réalisation traite des formalités de pareilles décisions. Le syndic a le droit d'en référer à la masse des créanciers ou au tribunal, s'il désapprouve l'acceptation de l'offre d'un acheteur par les inspecteurs ou la décision des inspecteurs dans d'autres cas, surtout lorsqu'ils sont incapables de décider impartialement: voir l'affaire Salok Hotel Co.; Flitoft c. Record Holdings Ltd. 11 C.B.R. (nouvelle série) 158.

Il a été jugé qu'une fois la vente conclue, le tribunal ne doit pas l'annuler à moins que le requérant ne prouve au tribunal que le syndic ou les inspecteurs l'ont conclue frauduleusement ou déraisonnablement et de mauvaise foi: affaire Pachal's Beverages Ltd. (1969) 70 W.W.R. 70 (Cour d'Appel de la Sask.).

INVENTORY

As of April 4, 1973

INVENTORY SUMMARY

Stock-in-trade	$36,755.09	+
Store Equipment and Fixture	$ 324.00	++
Vehicle	$ 695.00	+++

\+ Priced at retail value
++ Priced at current market value
+++ Priced as per Canadian Red Book Official used car valuations

STOCK-IN-TRADE

Stock-in-trade

Window

Description	Qty	Unit Price	Total Price
After ski boots	1	12.95	12.95
Ski sweater	1	39.95	39.95
Tuque	3	6.00	18.00
Ski goggles	5	5.95	29.75
"Tyrolia" ski boots rack	3	5.95	17.85
"VolleyBall" set	1	12.95	12.95
"Garmisch" ski boots	1	32.95	32.95
Ski rack (Automobile)	1	10.95	10.95
"Trappeur" ski boots	1	69.95	69.95
"Tyrolia" Clix 55 ski binding	1	29.95	29.95
"Tyrolia" Clix 900 Ski binding	1	54.95	54.95
"Tyrolia" Clix 90 Ski binding	1	34.95	34.95
Junior Hockey accessory	1	6.98	6.98
Cross Country skiing boots	1	32.95	32.95
"Hutchinson" athletic shoes	1	19.95	19.95
"Flyte" roller skates	1	9.95	9.95
"CCM" junior tacks	1	34.95	34.95
Friction tape (small)	4	0.25	1.00
Friction tape (large)	1	0.50	0.50
Pool table with set of balls and 2 cue stick	1	329.00	329.00
Sport satchel	1	12.95	12.95

Group 1

"Dunlop" tennis racket press	52	4.50	234.00
Swin fins	12	7.95	95.40
"Matchbox" Motorway extension (E2)	2	8.95	17.90
Sun glasses with case	38	7.95	302.10
Sun glasses	29	4.95	143.55
"Penmans" t-shirt	5	1.25	6.25
"Penmans" men t-shirt	5	1.50	7.50
Floor hockey puck	1	4.50	4.50
Raincoat "Deluxe"	9	1.98	17.82
Tennis racket hood	9	2.50	22.50
"NHL" score book	6	1.00	6.00
Baseball Rulls Book (French)	6	0.50	3.00
"Ski Nautique" Book (French)	1	3.98	3.98
		Brought forward	$1,677.88

..../2

Stock-in-trade

Group 1 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$1,677.88
"Water Skiing for All" Book	3	4.50	13.50
Golf sockette	34	1.50	51.00
Sweat sock	12	1.50	18.00
Sweat sock	15	1.25	18.75
Ski goggles	16	5.95	95.20
"Mustang" golf balls	21	1.00	21.00
"Blue Streak" golf balls	2 doz	30.00	60.00
"Warwick" golf balls	54	2.00	108.00
Tennis jacket	3	18.95	56.85
"Slazanger" vest	1	19.95	19.95
Tennis sweater	4	16.95	67.80
"DR" Athletic support	39	2.00	78.00
"Cooper-Weeks" athletic support	21	1.25	26.25
"Klyte" roller skates	1	9.95	9.95
"Warwick" roller skates (Junior)	1	4.25	4.25
Skindiver goggles	1	14.95	14.95
Skindiver goggles	3	8.95	26.85
Skindiver goggles	2	4.95	9.90
Skindiver goggles	2	7.95	15.90
"Halex 3 star" table tennis balls	9	1.25	11.25
"Halex" table tennis balls	52	0.20	10.20
"Linden" metal whistle	3	1.25	3.75
"ASC" badminton shuttlecocks	2 cans	1.25	2.50
Table tennis net	4	3.50	14.00
Table tennis net	1	1.50	1.50
Ski goggles	13	5.95	77.35
Ski goggles	3	4.95	14.85
Ski goggles	5	8.95	44.75
Ski goggles	3	8.95	26.85
Charcoal sticks	10	1.45	14.50
"Softball" ball	1	3.95	3.95
Rope	4	2.25	9.00
Rope	1	1.75	1.75
"Johnson & Johnson" porous tape	12 rolls	0.25	3.00
"Imperial" Special shot shells	1	3.85	3.85
"Winchester" plastic shotgun shells	18	2.95	53.10
"Imperial" centre fire cartridges	10	5.80	58.00
"Imperial" centre fire cartridges	2	7.15	14.30
"Winchester" super cartridges	2	5.70	11.40
"Remington" hi-speed cartridges	1	5.80	5.80
"Imperial" centre fire cartridges	4	5.70	22.80
"Winchester" cartridges	1	3.85	3.85
"Imperial" centre fire cartridges	3	4.75	14.25
"Imperial" centre fire cartridges	4	4.55	18.20
"Imperial" centre fire cartridges	3	3.95	11.85
"Imperial" centre fire cartridges	5	0.95	4.75
"Imperial" centre fire cartridges	1	0.85	0.85
"Imperial" centre fire cartridges	2	1.20	2.40
Hand warmer	3	2.50	7.50
Gunslick rifle brushes	6	0.50	3.00
"Stag" gun blue	5	1.40	7.00
	Brought forward		$2,876.08

..../3

Stock-in-trade

Group 1 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$2,876.08
Gun oil	2	0.50	1.00
Hunting belt	6	4.40	26.40
"Handball" ball	6	1.25	7.50
Reds gun tote	1	3.29	3.29
Gun cleaning kit	1	9.95	9.95
Shotgun cleaning kit	1	5.95	5.95
Shotgun cleaning kit	1	4.95	4.95
Badminton racket string	2	2.50	5.00
Sweat band	3	0.95	2.85
Sweat band	4	1.50	6.00
Ski-doo mittens	24 prs	4.50	108.00
Ski-doo mittens	3 prs	5.25	15.75
Ski-doo mittens	1 pr	3.50	3.50
Ski-doo mittens	11 prs	3.00	33.00
Ski-doo mittens	2 prs	4.50	9.00
Ski lock	1	6.25	6.25
Star pistol	1	7.50	7.50
Group 1 Drawers			
Golf gloves	24	4.95	118.80
Golf golves	3	3.95	11.85
Golf gloves	6	3.50	21.00
Golf stick hood	18	1.75	31.50
Skis clips	21	0.50	10.50
Rubber pool cap	12	3.95	47.40
Practice golf balls	7	1.00	7.00
"Olympia" gymsuit	104	4.50	468.00
"Olympia" pant	2	6.95	13.90
Cotton turtle-neck (boy)	8	3.95	31.60
Cotton turtle-neck dicky	5	1.25	6.25
Cotton turtle-neck dicky	3	2.00	6.00
Cotton t-shirt	16	1.25	20.00
Dressing-jacket (man)	9	1.00	9.00
Tennis shorts	32	1.00	32.00
"DR" athletic support	3	2.00	6.00
"DR" athletic support	3	1.50	4.50
"DR" hockey garter belt	2	4.00	8.00
"Protex" athletic support	1	2.05	2.05
Sun glasses	1	1.98	1.98
Sun glasses	1	1.95	1.95
Sun glasses	3	3.98	11.94
Sun glasses	5	2.98	14.90
Sun glasses	5	1.98	9.90
Sun glasses	2	1.98	3.96
Sun glasses	3	7.95	23.85
Ski goggles	1	5.98	5.98
Ski goggles	1	3.98	3.98
Ski goggles	1	2.98	2.98
"Skidol" tube	7	1.50	10.50
"Swix" ski wax	17	1.50	25.50
	Brought forward		$4,104.74

..../4

Stock-in-trade

Group 1 Drawers (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$4,104.74
"Bike" athletic support	20	2.00	40.00
"DR" athletic support	3	2.00	6.00
"Protex" athletic support	2	2.05	4.10
"Adidas" running shoes	5 prs	3.50	17.50
"Aigle" running shoes	11 prs	1.25	13.75
Pant & sweater gym. set	3	14.95	44.85
Duke game calls	1	7.95	7.95
Deer game calls	1	2.65	2.65
Bird game calls	1	3.55	3.55
Scotch Predator game calls	1	7.50	7.50
Scotch crow calls	1	7.50	7.50
Scotch goose calls	1	10.95	10.95
Scotch deer calls	1	7.50	7.50
Military style sling	2	4.55	9.10
Gun club shooting vest	2	7.95	15.90
Hunting hat	9	1.98	17.82
Hunting shirt	2	8.50	17.00
Hunting 2 piece suit	1	6.65	6.65
Group 2			
Ski jacket	1	36.00	36.00
Ski jacket	4	55.00	220.00
Ski jacket	1	39.95	39.95
Ski jacket	2	42.50	85.00
Ski jacket	1	44.95	44.95
Ski jacket	1	51.95	51.95
Ski jacket	4	42.00	168.00
Ski jacket	3	50.00	150.00
Ski jacket	2	10.00	20.00
Ski jacket	2	70.00	140.00
Ski jacket	1	60.00	60.00
Ski jacket	1	30.00	30.00
Ski jacket	1	33.00	33.00
Ski jacket	1	60.00	60.00
Ski jacket	1	5.95	5.95
Knickers	1	11.50	11.50
Corduroy pants	5	13.00	65.00
Ski-doo suit	1	44.95	44.95
"Wisner Modell" coat	11	19.95	219.45
Freezbee	28	0.59	16.52
"Boot Ease" ankle savers	13	1.50	19.50
"Boot Ease" heel pads	9	1.50	13.50
"Boot Ease" comfort pack	2	1.50	3.00
"Boot Ease" break-in-pack	4	1.50	6.00
Ski boots Trappeur (samples)	2	89.95	179.90
Ski boots (samples)	2	69.95	139.90
Ski boots (samples) Red	1	79.95	79.95
	Brought forward		$6,288.98

..../5

Stock-in-trade

Group 3

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$6,288.98
Chalet Giant Slalom skis	1	90.00	90.00
"Head TG-M" skis	1	215.00	215.00
"Nancy Greene" skis	2	120.00	240.00
"Rossignol RL" skis	2	150.00	300.00
"Rossignol RS" skis	1	225.00	225.00
"Head GKO4" skis	1	150.00	150.00
"Head GKO3" skis	1	130.00	130.00
"Kneissl" CS-RS" skis	1	150.00	150.00
"Head 660 Fiber Glass" skis	1	185.00	185.00
"Head 720 Olympic Metal" skis	1	185.00	185.00
"Head Lacroix" skis	1	230.00	230.00
"Arlberg Tyrolia" skis	2	34.95	69.90
"Gresvig Jet" skis	1	29.95	29.95
"Blitz Fiber Glass" skis	1	49.95	49.95
"Gresvig Attaché Hickory Elan" skis	1	39.95	39.95
"Kodiak" skis	4	39.95	159.80
"Polaris" skis	6	39.95	239.70
"Imura Giant Slalom" skis	3	69.95	209.85
"Imura Combi 200" skis	5	39.95	199.75
"Arlberg" skis	1	29.95	29.95
"Chalet 3000" skis	12	39.95	479.40
"Rossignol Concorde" skis & "Tyrolia Clix 90" binding	1	125.00	125.00
"Chalet Junior" skis	4	22.95	91.80
"Chalet Junior Five" skis & Chalet binding	1	22.95	22.95

Group 4

Hockey rocker blade	38	1.50	57.00
Hockey sticks	90	2.50	225.00
Goaler stick	7	6.50	45.50
Hockey Stick (Junior)	2	4.50	9.00
Ass't used ski coats (trade-in)	12	5.00	60.00

Group 5

Fur hats	10	9.95	99.50
Fur hats	1	29.95	29.95
Fur hats	1	19.95	19.95
Nylon hats	4	5.95	23.80
Tuques	4	4.50	18.00
Lycra turtle-neck	58	6.95	403.10
Fishing Sticks	1	18.95	18.95
Fishing sticks	6	4.95	29.70
Fishing sticks	6	8.95	53.70
Fishing sticks	1	16.00	16.00
Fishing sticks	3	6.95	20.85
Sweater	1	24.95	24.95
	Brought forward		$11,291.88

..../6

Stock-in-trade

Group 5 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$11,291.88
Sweater	2	34.95	69.90
Sweater	1	44.95	44.95
Sweater	9	39.95	359.55
Sweater	3	29.95	89.85
Sweater	2	39.95	79.90
Sweater	5	24.95	124.75
Group 6 (Top shelf)			
"Gola" training shoes	55 prs	12.95	712.25
"Prokeds" athletic shoes	58 prs	7.50	435.00
"Hunga" athletic shoes	5 prs	18.75	93.75
"Bobwolf" athletic shoes	4 prs	14.95	59.80
"Prokeds" baseball shoes	17 prs	10.95	186.15
"Rusty Stock" baseball shoes	10 prs	8.95	89.50
"Souki "'after ski boots	2 prs	29.95	59.90
"Nahanvi" rubber boots	1	15.95	15.95
"Garmish" ski boots	3	35.95	107.85
"Garmish" ski boots	5	29.95	149.75
Garden Volley ball	1 set	12.95	12.95
Table tennis	1 set	9.95	9.95
Group 7			
Toko ski wax Klister	27	0.75	20.25
Toko ski wax Olympia	12	1.00	12.00
Toko ski wax Tube	18	0.75	13.50
Toko ski wax Remover	10	1.00	10.00
Toko P. Wax	38	1.00	38.00
Toko 1-3-5	8	0.75	6.00
Kofix wax	5	0.35	1.75
Assorted wax	9	0.50	4.50
Toko leather care	12	1.35	16.20
Toko wax no.3	14	0.50	7.00
"Dackstein" ski boots	4 prs	79.95	319.80
"Dackstein" ski boots	1 pr	59.95	59.95
"Head" ski boots	2 prs	89.95	179.90
Ski boots	1 pr	79.95	79.95
Trappeur ski boots	2 prs	69.95	139.90
Boys ski boots	1 pr	49.95	49.95
Assorted golf iron-putter	11	15.95	175.45
Golfers pack	6	5.50	33.00
"Jacques Plante" face mask	3	25.98	77.94
"CCM" athletic support	1	2.50	2.50
Snow shoe boots	4 prs	19.95	79.80
"Pirelli" ski carrier	16	10.95	175.20
Suspenders	10 prs	2.00	20.00
Assorted caps	10	1.75	17.50
"Olympic Junior Hockey" accessories	8	6.95	55.60
	Brought forward		$15,589.22

..../7

Stock-in-trade

Group 7 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$15,589.22
Olympic ski suspenders	5	5.95	29.75
Court King Badminton racket	2	19.95	39.90
"Dunlop" tennis racket	2	10.00	20.00
"Snauwert junior" club tennis racket	3	14.95	44.85
"Snauwert" quick tennis racket	4	16.95	67.80
"Dunlop" tennis racket frames	6	10.00	60.00
"Snauwert Tornado" tennis racket	2	25.95	51.90
Rubber ski carrier	3	9.95	29.85
Group 8			
Tyrolia boot keeper	12	5.95	71.40
Ski	4	2.95	11.80
Match Box toys	47	0.75	35.25
Assorted tote bags	20	6.00	120.00
Drawers			
Black silk sock	5 prs	1.75	8.75
Penmans white sport sock	19 prs	2.00	38.00
Assorted colour sport sock	15 prs	1.50	22.50
Black silk gloves	6 prs	4.95	29.70
Ski gloves	5 prs	4.95	24.75
Ski gloves	6 prs	9.95	59.70
Hats	27	1.98	53.46
Wool Head Band	56	1.50	84.00
Group 9			
Baker punching ball	2	9.95	19.90
Boxing gloves	2 prs	12.95	25.90
"Gresvig" after ski suits	6	19.95	119.70
"Jumbro" after ski suits	1	34.59	34.95
"Helanca" after ski suits	9	16.95	152.55
"Norwegian" sweaters	12	29.95	359.40
Group 10			
Assorted baseball mitts	11	19.95	219.45
Assorted baseball mitts	18	23.95	431.10
Assorted baseball catcher mitts	6	19.95	119.70
"Cooper" hockey goaler protector	1	8.95	8.95
"D&R" hockey pant	1	12.95	12.95
"D&R" hockey pant	2	17.95	35.90
"CCM" elbow pad	2 prs	15.95	31.90
"CCM" shoulder pad	1	5.00	5.00
"D&R" goaler mitt no.1765	1	12.95	12.95
"D&R" goaler face mask	1	15.95	15.95
"ST-Moritz" ski holder (metal)	22	1.75	38.50
	Brought forward		$18,137.33

..../8

Stock-in-trade

Group 10 (cont'd)

Drawers

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$18,137.33
Assorted tuques	42	3.50	147.00
Assorted tuques	29	5.00	145.00
Seal skin money purse	22	5.00	110.00
Seal skin purse	3	10.00	30.00
Seal skin belt	17	5.00	85.00
Seal skin key chain (small purse)	lot	20.00	20.00
Assorted tuques	22	5.00	110.00
Turtle-neck sweater	18	9.95	179.10
Group 11			
Sweat shirt	2	1.95	3.90
Turtle neck sweater	1	5.95	5.95
Assorted soccer sweater	38	6.95	264.10
Turtle neck sweater	29	10.00	290.00
"Medico" turtle neck sweater	20	7.00	140.00
Surf & ski nylon jacket	16	9.95	159.20
Surf & ski nylon jacket	5	12.00	60.00
Wollen ski sweater	8	34.95	279.60
Group 12			
Hockey sweater	2	13.50	27.00
Assorted bathing suit	8	5.00	40.00
Gymnastic jacket	1	12.50	12.50
Gymnastic suit	16	19.95	319.20
Gymnastic jacket	5	12.50	62.50
Assorted shorts tennis (white)	8	5.00	40.00
Tennis sweater (white)	1	10.95	10.95
Tennis ensemble (lady)	1	15.95	15.95
Tennis dress (lady)	4	15.00	60.00
Judo suit	1	25.00	25.00
Warmer ski pants	3	35.00	105.00
Assorted ski pants	102	20.00	2,040.00
Group 13			
Ski poles	13	19.95	259.35
Ski poles	4	12.95	51.80
"Lacrosse" racket	3	19.95	59.85
Table tennis set	1	9.95	9.95
Volley ball set	1	12.95	12.95
	Brought forward		$23,318.18

..../9

Stock-in-trade

Group 13 (cont'd)

Top

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$23,318.18
Assorted shoes "Adidas"	13	14.95	194.35
"Canvas" running shoes	5	14.95	74.75
"Canvas" running shoes	2	3.40	6.80
"Canvas" running shoes	1	3.59	3.59
"Canvas" running shoes	2	2.90	5.80
"Hutchinson" football shoes	16	14.95	239.20
"Hungaria" football shoes	3	12.95	38.85
Sky Queen bag	3	12.95	38.85
Tote bag (black)	7	6.95	48.65
Gymnastic suit	8	13.95	111.60
Basket ball shoe	3	7.95	23.85
"CCM" skating boot	1	15.98	15.98
"CCM" skating boot	2	11.98	23.96
"CCM" skating boot	1	19.98	19.98
"CCM" skating boot	6	9.98	59.88
"CCM" skating boot	7	34.95	244.65
"Daoust" skating boot	1	49.95	49.95
Group 14			
Top Shelf			
"Lycra" perma press turtle neck	61	5.95	362.95
"Lycra" perma press turtle neck	9	6.95	62.55
Bicycle water bottle set	6	7.95	47.70
"Electronic Oscar Junior" putting set	1	19.95	19.95
"Trappeur" contour foam	3	8.95	26.85
"Weider" body building set	1	12.95	12.95
2nd Shelf			
Men's t-shirts	25	1.75	43.75
Men's t-shirts	40	1.25	50.00
"Weider" hand grip	1	1.98	1.98
"Weider" exercisor	4	1.98	7.92
Head strap	3	4.00	12.00
Bicycle horn	5	2.95	14.75
Bicycle mirror	2	1.95	3.90
Bicycle speedometer	1	5.95	5.95
Bicycle speedometer	1	8.95	8.95
Bicycle speedometer (CCM)	1	14.95	14.95
Bicycle speedometer	4	10.95	43.80
Bicycle repair kit	30	1.00	30.00
Friction tape 2oz. (20 rolls/pack)	11	4.00	44.00
Bicycle lamp set	7	3.95	27.65
Bicycle stop lamp set	5	3.95	19.75
Bicycle air horn	6	1.50	9.00
Bicycle head lamp	2	1.25	2.50
Bicycle mirror	5	1.25	6.25
Bicycle mirror	7	1.50	10.50
Bicycle handlebar tapes & plugs	11	0.69	7.59
Zonas porous tape	51 rolls	0.25	12.75
	Brought forward		$25,429.76

..../19

Stock-in-trade

Group 14 (cont'd)

3rd shelf

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$25,429.76
"Tyrolia" Rocket 100 ski binding	17	13.50	229.50
"Tyrolia" Clix 90 ski binding	21	34.95	733.95
"Tyrolia" Clix 900 ski binding	2	34.95	69.90
"Tyrolia" 2009 ski binding	3	19.95	59.85
"Tyrolia" Clix 55 ski binding	17	19.95	339.15
"Tyrolia" 50 ski binding	26	8.95	232.70
"Tyrolia" Skimeister ski binding	7	19.95	139.65
"Salomon" S404 ski binding	4	44.95	179.80
"Toko" silicone spray	1	1.95	1.95
"Toko" boots wax	9	1.50	13.50
Ski lacquer	7	1.95	13.65
Ski spray wax	9	1.95	17.55
Ski lacquer	6	1.50	9.00
"Toko" silicone spray	19	1.95	37.05
"Tyrolia" lubricant	11	1.50	16.50
Boot wax	15	0.98	14.70
Leather sealer	3	1.50	4.50
"Toko" silver wax	11	0.50	5.50
"Toko" 1-2-3 wax	9	0.75	6.75
Bicycle lock	6	2.00	12.00
Bicycle twist grip cable	12	1.50	18.00
Bicycle chain 112 links	1	3.50	3.50
4th shelf			
"Ramy" up chute ski binding	16	45.00	720.00
"Ramy" Juno Tomi 2 ski binding	6	35.00	210.00
"Look" Navoda ski binding	16	19.95	319.20
"Tyrolia" Jugend ski binding	6	14.95	89.70
"Skirite" product ski binding	3	12.95	38.85
"Ramy" Wiki ski binding	5	17.50	87.50
"Miller" no.17418 ski binding	1	25.95	25.95
"Miller" no.17416 ski binding	2	15.95	31.90
"Squaw Valley" ski binding	8	11.95	95.60
"Flex" no.2282E ski binding	13	10.95	142.35
"Cober" Reaktor ski binding	3	29.95	89.85
Broom bale	8	1.50	12.00
3 Speed cable	9	0.89	8.01
Group 15			
1st Drawer			
Assorted matchbox	30	0.75	22.50
2nd Drawer			
Fishing Nylon monofilament 8 lb.	20	0.70	14.00
Fishing Nylon monofilament 6 lb.	5	1.45	7.25
Fishing Nylon monofilament 15 lb.	3	1.10	3.30
Fishing Nylon monofilament 10 lb.	4	1.10	4.40
Fishing Nylon monofilament assorted	18	0.99	17.82
	Brought forward		$29,528.59

..../11

Stock-in-trade

Group 15 (cont'd)

2nd Drawer

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$29,528.59
Fishing Nylon monofilament 25 lb.	3	1.45	4.35
Veltic spinning lures	6	1.00	6.00
Veltic spinning lures	3	0.69	2.07
Veltic spinning lures	4	0.59	2.36
Veltic spinning lures	7	0.69	4.83
Veltic spinning lures	6	1.10	6.60
Veltic spinning lures	8	1.10	8.80
Fishing snelled hooks	64	0.25	16.00
3rd Drawer			
"Peerless" Peer Bam 1 fishing reel	6	7.00	42.00
"Peerless" Peer Bam 11 fishing reel	3	14.00	42.00
"Zebco" US76 fishing reel	2	6.00	12.00
"Zebco" 202 fishing reel	1	10.50	10.50
"Bamy" fishing reel	5	10.00	50.00
"Peerless" Bam 400 fishing reel	1	25.80	25.80
"Peerless" Bam 100 fishing reel	3	9.75	29.25
"Peerless" Bam 300 fishing reel	1	16.75	16.75
"Peerless" Bam 500 fishing reel	1	32.80	32.80
Pocket size stove	6	2.50	15.00
Dry fuel	6	1.25	7.50
Assorted fishing flies, hooks	lot	15.00	15.00
Swimming lures	3	3.65	10.95
Swimming lures	4	2.60	10.40
Swimming lures	1	2.40	2.40
Wobbler spoon	1	2.00	2.00
BASEMENT			
Group C-1			
Reeving machine eserciser	1	24.95	24.95
Ski racks assorted	6	19.95	119.70
Ski racks small (Baby Doll)	3	12.95	38.85
Group C-2			
Chest pull	1	5.00	5.00
Weider shoe chest pull	1	8.98	8.98
Weider crusher set	1	8.98	8.98
No, 209 DeLuxe Home Gym.	1	15.00	15.00
Isometric Exerciser	3	7.98	23.94
Punch-n-bag and stand	1	15.00	15.00
Assorted skateboard	9	2.00	18.00
Roller skates (rusted)	1	1.00	1.00
Junior bar bell set	2	19.95	39.90
Assorted Football shoes	16	19.95	319.20
Golf shoes	3	14.25	42.75
	Brought forward		$30,585.20

..../12

Stock-in-trade

Basement

Group C-2 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$30,585.00
"Gresvig" running shoes	2	10.00	20.00
"Daoust" boxing Books	1	10.00	10.00
"Daoust" bowling shoes	2	7.95	15.90
Fishing Tackle box	4	9.95	39.80
Royce bicycle baby carrier	2	16.95	33.90
Group C-3			
Assorted bicycle repair parts	lot	50.00	50.00
Bicycle bells	16	0.35	5.60
Assorted bicycle lamps	6	2.00	12.00
Bicycle claxons electric	3	2.95	8.85
Bicycle speedometers	6	3.95	23.70
Bicycle handles	18	0.50	9.00
Bicycle pedals	36	0.75	27.00
Bicycle baskets	4	1.00	4.00
"Flyte" cable covers	18	0.29	5.22
Bicycle air horn	1	0.98	0.98
Monster bike flaps	8	0.59	4.72
Motor Cycle mirrors	6	3.90	23.40
Toyo back mirrors	6	2.95	17.70
Bicycle luggage carrier	1	2.95	2.95
Bicycle pumps	8	2.95	23.60
Bicycle tool bags	26	1.49	38.74
Child flippers and mask	1	3.95	3.95
Bicycle wheel balancers	9 prs	4.95	44.55
Bicycle chain guard	7	1.95	13.65
Group C-4			
Bicycle sprocketts and nipples	lot	45.00	45.00
Boys ski boots (assorted)	6 prs	15.00	90.00
Men hockey boot and skates "CCM"	1	20.00	20.00
"Daoust" men ski boots	1	20.00	20.00
Ski text Book (Bonnet and Manoir)	1	13.00	13.00
Electric portable fan	1	12.95	12.95
Hockey trophy	1	5.00	5.00
"Zonas" porous tape 1" x 10 yds	12 doz	4.00/doz	48.00
Record ski-goggles	3	10.95	32.85
Pocket hand warmer	1	4.95	4.95
Assorted running shoes	10 prs	3.95	39.50
Motor gloves	2	1.95	3.90
Bicycle handlebags	3	4.50	13.50
Bicycle sissy bars	8	1.95	15.60
Track spikes	lot	25.00	25.00
Bicycle mud guard	10	3.50	35.00
Assorted bar bell weights	18	1.00	18.00
	Brought forward		$31,466.66

..../13

Stock-in-trade

Basement

Group C-5 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$31,466.66
Crow shooting decoys set	1	15.00	15.00
Canada Goose Decoy	6	3.00	18.00
Duck Decoys	9	3.00	27.00
Camp stove (alcool) & pans set	1	9.95	9.95
Halter-O-Sack	21	0.50	10.50
Winchester 22 magnum (50)	6boxes	3.85	23.10
Imperial 410 magnum (25)	1box	4.75	4.75
38 Smith & Wesson (50)	1box	5.00	5.00
30-06 Springfield SP. (20)	1box	5.00	5.00
[illegible]	1	1.95	1.95
[illegible] 1box)	7	9.95	69.65
[illegible] trunks	6	5.00	30.00
Athletic shirts	22	2.95	64.90
White t-shirts	9	1.00	9.00
Assorted sun glasses	36	1.95	70.20
D&R athletic supports	210	2.00	420.00
Cooper athletic supports	16	1.25	20.00
Plastic poncho (9 year)	5	2.25	11.25
Group C-6			
Porolastic baby suits	108	4.50	486.00
Men swim flippers	1	6.00	6.00
Jantzen swimsuit tops	7	6.95	48.65
Jantzen swim trunks	5	6.95	29.75
Penman stretch thermo shirts	5	5.00	25.00
Trunk movel ski rack no.8525	5	15.95	79.75
Assorted Foot & Soccer balls	17	2.95	50.15
Assorted golf wood & iron	27	4.00	108.00
Ski rack for volkswagen	2	6.95	13.90
Water ski Glider	3	2.95	8.85
Water ski rope	1	5.95	5.95
Plastic repair kits	38	0.79	30.02
Assorted sweat shirts	7	1.49	10.43
Stretch ski pants	1	9.95	9.95
Terry cloth beach jacket	3	7.00	21.00
Group C-7			
Blents S-200 Camp cook stove	3	4.95	14.85
"Keds" frisbees	128	0.29	37.12
White shirts (approx.)	100	1.00	100.00
"Boot Ease" ankle savers	18	1.50	27.00
Safety hats	19	2.00	38.00
White t-shirts (knit to fit)	48	1.00	48.00
Thermo shirts (Harvey Wood)	9	1.50	13.50
Thermo combination (Harvey Wood)	15	1.50	22.50
Assorted after ski boots	5	10.00	50.00
Men "Nahanni" rubber boots	3	15.95	47.85
	Brought forward		$33,614.13

..../14

Stock-in-trade

Basement

Group C-7 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$33,614.13
Shoe packs	1	4.95	4.95
Boys t-shirts (Penman)	144	1.29	185.76
Group C-8			
Assorted skis (used)	35	1.00	35.00
Plasco Hi-boy 24" Bicycle (new)	1	49.95	49.95
Boys 5 speed CCM bicycle 122-441 (new)	1	79.95	79.95
Group C-9			
Used Bicycles and parts	lot	100.00	100.00
Group 10			
Assorted ski binding and parts	lot	250.00	250.00
Assorted bicycle tires	109	2.95	321.55
Group C-11			
[illegible] shorts	488	0.99	483.12
White t-shirts	317	1.29	408.93
"Cooper" BBG gloves	7	6.95	48.65
Wos. tennis slips	3	4.95	14.85
White tennis shorts	13	4.95	64.35
Wos. sport shirts	8	2.95	23.60
Group C-12			
Minnou baskets	2	5.00	10.00
Handing nets	3	4.00	12.00
Hoopla Hoops	30	0.50	15.00
Air matress	3	4.50	13.50
Towing bags (motocycle)	3	14.95	44.85
Rugby pants	11	4.95	54.45
Assorted motorcycle tires	16	2.50	40.00
Assorted motorcycle tubes	1	2.00	14.00
Assorted motorcycle back rests	4	7.95	31.80
Assorted motorcycle windshield	2	5.00	10.00
Assorted motorcycle saddle bags	3	34.95	104.85
Assorted motorcycle saddle bags	1	10.00	10.00
Red mastic tubes (golf)	144	0.20	28.80
Ski clips	785	0.25	196.25
Skates & Boots (used)	9/	--	20.00
Ski boots (used)	28/	--	
	Brought forward		$36,290.29

..../15

Stock-in-trade

Basement

Group C-13

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$36,290.29
Used hockey equipment	lot	25.00	25.00
Jogging Pants	10	4.00	40.00
Jogging jackets	13	5.00	65.00
Girls blue cotton gym. suits	55	2.50	137.50
Assorted t-shirts cotton sweaten	10	1.49	14.90
Assorted used hockey shirts	lot	N/V	N/V
Windbreakers samples and duffle coats wool	4	15.00	60.00

Group C-14

Golf ball retreiver	1	5.00	5.00
Split-kein skis (new)	1	20.00	20.00
Pack-Deck ski carrier (assorted)	5	5.00	25.00
Bat a Bird indoor game	2	12.95	25.90
Water ski	1	10.00	10.00
Teepe tent	1	5.00	5.00
Assorted ski poles	12prs	--	5.00
Arrows plastic tip	5	0.50	2.50
Field hockey sticks	8	3.00	24.00
		Total	$36,755.09

..../16

STORE EQUIPMENT & FIXTURE

STORE EQUIPMENT & FIXTURE

Item No.	Description	Qty	Unit Price	Total Price
S-1	Cloth rack	1	5.00	5.00
S-2	Fishing rod electric rack	1	10.00	10.00
S-3	Sweater rack	1	5.00	5.00
S-4	Hat rack	1	5.00	5.00
S-5	Wooden arm chair	5	3.00	15.00
S-6	Chrome arm chair	1	3.00	3.00
S-7	Metal ashtray	4	5.00	20.00
S-8	Mirror 20" x 60"	2	5.00	10.00
S-9	"Installa 5000" ski fixing machine	1	45.00	45.00
S-10	Aluminum ladder 8 feet	1	10.00	10.00
S-11	Air conditionner (small)	1	65.00	65.00
S-12	Round detective mirror	1	25.00	25.00
S-13	Wooden storage cabinet (3 drawers)	1	10.00	10.00
S-14	Wooden filling cabinet (4 drawers)	1	5.00	5.00
S-15	Metal cabinet 3 drawers & 1 door	1	15.00	15.00
S-16	Built-in wooden desk	1	10.00	10.00
S-17	Steno chair	1	8.00	8.00
S-18	Metal typewriter table	1	3.00	3.00
S-19	Fire extinguisher	1	5.00	5.00
S-20	National cash register with counter	1	50.00	50.00
			Total	$324.00

Colloque sur la faillite
Montréal
le 23 novembre 1973.

Notes de travail sur LES DROITS DES LOCATEURS ET CEUX DES LOCATAIRES

J. Bernard Carisse, M.C.L.

LES DROITS DES LOCATEURS ET CEUX DES LOCATAIRES

TABLE DES MATIERES

	PAGE
INTRODUCTION	1
PARTIE I - FAILLITE DU LOCATAIRE	4
Portée des droits du propriétaire lors de la faillite du locataire	4
Conséquence de la faillite sur le bail	8
Effets des clauses résolutoires des baux	8
Clauses résolutoires et propositions de concordat	10
Sous-locations	11
Choix du syndic	14
Occupation des lieux par le syndic	16
Droit de vendre les agencements	22
PARTIE II - FAILLITE DU PROPRIETAIRE	23
Introduction	23
Interdiction du désaveu des baux par le propriétaire	24
Enregistrement des baux portant sur les biens du propriétaire	25
Poursuite des affaires du propriétaire par le syndic	29
Droit de vendre les agencements	33

LES DROITS DES LOCATEURS ET CEUX DES LOCATAIRES

INTRODUCTION

Le présent document porte sur les conséquences de Loi sur la faillite sur le droit des locateurs et ceux des locataires au Québec.

Le conflit entre les intérêts du propriétaire et ceux du syndic pose de nombreux et importants problèmes.

> (Traduction) "D'une part, le propriétaire espère vivement que son usage des lieux soit le moins possible troublé; il veut obtenir l'indemnité maximale pour les difficultés nées au cours de la location et, en outre, il désire être libre de choisir un nouveau locataire le plus rapidement possible. D'autre part, le syndic du failli désire avoir l'usage le plus complet possible des lieux donnés à bail, il veut traiter le bail comme un actif de la faillite, avec le minimum de frais et sans assumer aucune responsabilité personnelle; il souhaite que la réclamation du propriétaire, à titre de créancier de la masse, soit limitée à une somme raisonnable";
> Me L.W. Houlden, c.r. (L'actuel juge Houlden de la Cour Suprême de l'Ontario) Bankruptcy of the Landlord or Tenant (1965) 7 C.B.R. 113).
> (Traduction) "... Les syndics font face au problème très concret d'essayer d'aliéner des éléments d'actif qui ont peut-être très peu de valeur s'ils sont vendus séparément, mais qui atteindront un bon prix beaucoup plus élevé si l'entreprise en faillite se vend comme une affaire en activité en mesure de continuer son exploitation. La tâche du syndic et le but ultime de sa liquidation de l'actif est d'obtenir autant que possible pour régler les réclamations de la masse des créanciers...

> "Un bail est souvent l'élément le plus précieux de l'actif, en particulier lorsque les biens mobiliers et les agencements par exemple dans le cas de magasins, ne peuvent être vendus que comme partie d'une entreprise en activité qui continuera son exploitation dans les locaux loués";
> Me Claude-Armand Sheppard, Bankruptcy and Resolutory Clauses in Leases((1962) 22 R. du B. 452, aux pp. 471 et 452 respectivement).

La Loi sur la faillite s'étend très peu sur la question des propriétaires et des locataires, principalement parce qu'il s'agit d'une question de compétence provinciale; les lois fédérales, comme la Loi sur la faillite, qui touchent les droits des propriétaires et des locataires déterminés par les lois provinciales, sont considérées valides seulement dans la mesure où leurs dispositions sont nécessaires à la bonne marche ou à la mise en application de questions qui relèvent de la compétence fédérale. En d'autres mots, les dispositions de la Loi sur la faillite visant propriétaires et locataires ne sont valides que dans la mesure où elles sont nécessaires à la bonne administration des faillites, soit des propriétaires soit des locataires. Par ailleurs, la Loi sur la faillite étant fédérale prévaudra sur les lois provinciales touchant le même sujet, seulement dans cette mesure:

> Arrêt Stober, ex parte Mark Workman Investment Corporation ((1923) 4 C.B.R. 34, renversant (1923) 3 C.B.R. 801).

En conséquence, l'article 117 de la Loi sur la faillite reconnaît que "... les droits des propriétaires doivent être déterminés conformément aux lois de la province où sont situés les lieux sous bail", sauf deux exceptions qui s'imposent pour la bonne administration d'une faillite. Nous traiterons bientôt de ces dernières. Qu'il suffise de dire, pour le moment, que conformément à l'article 117 de la Loi sur la faillite, le droit qui régit propriétaires et locataires de la province de Québec est le Code civil du Québec, articles 1600 à 1665 inclus. Ces dispositions s'appliquent à la fois aux faillites des propriétaires et à celles des locataires.

Ainsi, il faut d'abord déterminer à l'aide du Code civil et des clauses du bail si un bail existe ou non et quels droits existent en vertu dudit bail:

> Arrêt Plamondon - Marcotte c. Duquette et Rioux ((1959) 38 C.B.R. 200, aux pp. 202, 203).

Si, en fait, un bail existe vraiment, les droits qu'en vertu dudit bail possèdent l'une des parties faillie seront alors englobés dans les "biens d'un failli", définis par les articles 2 et 47 de la Loi sur la Faillite, qui sont transmis au syndic en vertu de l'article 50(5). Cela déterminera ensuite si le syndic possède le droit d'exercer les pouvoirs suivants que lui donne l'article 14 de la Loi sur la faillite:

> "14. (1) Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut faire toutes les choses suivantes ou l'une d'elles:
>
> a) vendre ou autrement aliéner, à tel prix ou moyennant telle ou telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs, tous les biens ou une partie des biens du failli, y compris l'achalandage, s'il en est, ainsi que les créances comptables échues ou à échoir au crédit du failli, par soumission, par enchère publique ou de gré à gré, avec pouvoir de transférer la totalité des susdits à une personne ou à une compagnie, ou de les vendre par lots;
>
> b) donner à bail des biens réels ou immobiliers;
>
> k) décider de retenir, durant la totalité ou durant une partie de la période en restant à courir, ou de céder, abandonner ou désavouer tout bail ou autre intérêt provisoire se rattachant à un bien du failli".

Cela signifie, que le failli soit propriétaire ou locataire, que si les clauses du bail ou les dispositions pertinentes du Code civil du Québec ne donnaient pas au débiteur avant sa faillite et, par conséquent, ne donnent pas au syndic au moment de la faillite, le genre de droits prévus à l'article 14, le syndic ne pourra alors pas se prévaloir des droits de l'article 14. L'article 14 doit être lu sous réserve de l'article 117.

Le présent document, pour les raisons qui précèdent, doit se présenter sous la forme d'une discussion du droit du Québec concernant les propriétaires et les locataires, à la lumière de la Loi sur la faillite, plutôt que celle d'une discussion des dispositions proprement dites de la Loi sur la faillite.

Etant donné la plus grande fréquence des faillites des locataires que celles des propriétaires, le présent document traitera d'abord des faillites des locataires, puis de celles des propriétaires.

PREMIERE PARTIE - FAILLITE DU LOCATAIRE

PORTEE DES DROITS DU PROPRIETAIRE LORS DE LA FAILLITE DU LOCATAIRE

L'article 2 de la Loi sur la faillite définit un "créancier garanti" dans les termes suivants:

> ""créancier garanti" signifie une personne détenant ...un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir.....".

L'article 1619 du Code Civil du Québec accorde au propriétaire un droit privilégié de recouvrement du loyer dans les termes suivants:

> "1619. Le locateur a, pour le paiement de son loyer et des autres obligations résultant du bail, un droit privilégié sur les effets mobiliers qui se trouvent sur la propriété louée."

L'article 1994(8) détermine le rang du privilège du propriétaire par rapport à tous les privilèges sur les biens meubles en droit civil du Québec, et l'article 2005 régit la période sur laquelle porte le droit de recouvrement du loyer.

A l'article 107(1)(f) de la Loi sur la faillite, le propriétaire est cependant traité comme un "créancier privilégié" dont les droits existent "sous réserve des droits des créanciers garantis".

Une telle situation a pour conséquence de faire perdre au propriétaire à qui l'article 107 confère la qualité de créancier privilégé, toute qualité de créancier garanti qu'il peut détenir en vertu du Code Civil du Québec et de lui conférer un rang quant aux biens du locataire failli suivant l'ordre et la portée que prescrit l'article 107(1)(f), indépendamment des dispositions du Code Civil. Une telle conséquence s'explique parce qu'on considère qu'établir l'ordre de priorité entre les créanciers relève directement de la législation sur la faillite et parce que chaque fois que surviennent des conflits entre les législations fédérale et provinciale sur des questions se rapportant principalement à la faillite, la législation fédérale l'emporte:

--- le Procureur général du Québec et la Banque Royale du Canada c. Larue ((1928) 8 C.B.R. 579, confirmant (1926) 7 C.B.R. 285, qui infirme (1925) 40 B.R. 561, qui confirme (1924) 5 C.B.R. 560).

--- In re Gingras Automobile Limitée ((1962) R.C.S. 676, confirmant (1961) B.R. 827).

--- Re Radioland Ltd ((1957) 36 C.B.R. 158).

--- Re Develox Industries Limited (No. 3) ((1970) 15 C.B.R. n.s. 18).

Parce que le propriétaire détient donc des droits "sous réserve des droits des créanciers garantis", ses droits n'entrent pas en conflit avec ceux des créanciers garantis; le propriétaire ne peut pas contester les droits des autres créanciers garantis de saisir les biens sur lesquels il détient un privilège de location en dehors de la faillite du locataire, mais il se classe strictement parmi les créanciers privilégiés, en ce qui concerne une fraction de sa créance, et parmi les créanciers non garantis, pour le solde, en vertu des articles 107(1)(f) et 107(3):

--- Re Polycoating & Films Ltd ((1964) 8 C.B.R n.s. 163, infirmant (1964) 44 D.L.R. (2ième) 117).

On cite souvent plusieurs jugements à l'appui des prétendus droits du propriétaire, en sa qualité de créancier garanti à l'encontre des autres créanciers garantis, mais ces jugements furent tous rendus avant que la Cour Suprême du Canada ne statue dans l'affaire Gingras Automobile en 1962, en se fondant sur l'article 117 promulgué dans la présente Loi sur la faillite en 1949, et ils ne s'appliquent plus. Les syndics ne doivent donc pas se méprendre sur ce point. A titre de renseignement, rappelons que ces arrêts portaient sur les affaires suivantes:

--- In re Spivack et Ettenberg ((1927) 33 R.J. 118).

--- L'expansion Jeromienne Inc. c. Delma Plastics Ltd. et la Banque Canadienne Nationale ((1950) C.S. 326).

--- Arrêt Alfandry Inc.: Grobstein c. Peel Street Realties Ltd ((1958) 36 C.B.R. 85).

--- Arrêt Bernard Hardware Co. ((1936) 17 C.B.R. 293).

Dans un arrêt récent, on considérait la réclamation du propriétaire comme une créance garantie: Re Fermo's Creations Inc. ((1969) 10 D.L.R. (3ième) 560). Signalons cependant que cet arrêt portait sur la Loi sur les liquidations S.R.C. 1970, chap. W-10, qui ne comporte aucun article correspondant à l'article 107 de la Loi sur la faillite. Cet arrêt ne s'applique donc pas non plus à la faillite.

Pour la même raison, toutes les dispositions du Code civil qui visent à donner au privilège du propriétaire la priorité sur certains autres privilèges, ne s'appliquent pas à la faillite.

Tout l'exposé qui précède fait état de l'effet des deux exceptions signalées à l'article 117 voulant que la Loi sur la faillite l'emporte sur le droit provincial visant les propriétaires et les locataires. La première exception a trait à la priorité de rang prévu à l'article 107 qui, comme nous l'avons signalé précédemment, retire au propriétaire le rang de créancier garanti et en fait plutôt un créancier privilégié. Cette disposition explique à son tour la seconde exception contenue dans l'article 117, à savoir qu'en vertu de l'article 51(4) "...tout bien d'un failli saisi pour loyer ... doit être remis immédiatement au syndic; ...et si lesdits biens ou une partie de ces biens ont été vendus, les sommes d'argent en provenant, ... doivent être remis au syndic". Il s'agit de toute évidence d'une conséquence de la suppression, en vertu de la Loi sur la faillite, du droit du propriétaire de se classer parmi les créanciers garantis, droit que lui confère la loi provinciale. Comme dans le cas de tous les autres créanciers non garantis, les poursuites du propriétaire contre le débiteur se trouvent suspendues par la faillite, en conformité des dispositions des articles 49(1) et 50(1).

En outre, pour les mêmes raisons, en conformité de l'article 49(1), le propriétaire n'a pas le droit de saisir auprès du syndic aucun des biens du locataire, après que la faillite a été déclarée.

Comme il est dit à l'article 117 de la Loi sur la faillite, tous les autres droits des propriétaires (et des locataires) sont cependant régis par le Code Civil du Québec. Nous étudierons donc, dans le présent document, chacun de ces droits en détail.

Pour ce qui est de la priorité de rang de la créance du propriétaire à l'article 107 de la Loi sur la faillite, ainsi que du calcul de la portée de la créance, nous prions le lecteur de se reporter au mémoire de cette série intitulé "L'ordre de priorité du plan de répartition des biens du failli", au paragraphe "Créance du propriétaire en matière de loyer".

CONSEQUENCE DE LA FAILLITE SUR LE BAIL

La faillite en elle-même n'annule pas automatiquement le bail:

--- Robert c. Renzo ((1947) C.S. 41).

--- Paul c. Mondou ((1911) 13 R.P. 185, 187).

--- Naud c. Gravel ((1901) 7 R.J. 414).

--- Price Realty Corporation c. Friedman et Lemay ((1972) C.A. 286, à la p. 293).

Pour qu'une faillite mette fin à un bail, le bail doit contenir une clause à cet effet.

En termes généraux, il existe deux types de clauses de ce genre.

Advenant la faillite d'un locataire, le premier type prévoit qu'un propriétaire peut, à son gré, annuler le bail et reprendre immédiatement possession des locaux loués. Une telle clause nécessite quelque intervention positive du propriétaire qui choisit d'annuler le bail, de préférence un avis écrit. Tant que ce choix n'est pas fait, le bail subsiste:

--- Prize Realty Corporation c. Friedman et Lemay ((1972) C.A. 286, à la p. 293).

Le second type de clause stipule que la faillite du locataire résilie automatiquement le bail et que le propriétaire peut reprendre immédiatement possession des lieux. Ce type de clause n'oblige pas le propriétaire à décider d'annuler le bail. Il est communément désigné sous le nom de "clause résolutoire".

EFFETS DES CLAUSES RESOLUTOIRES DES BAUX

Bien que les clauses résolutoires entrent évidemment en conflit avec les droits du syndic de disposer de tous les biens, y compris les droits du loca-

taire sur le bail même, de telles clauses sont reconnues comme valables en vertu du droit du Québec:

--- Arrêt Plamondon - Marcotte c. Duquette et Rioux ((1959) 38 C.B.R. 200).

Dans l'arrêt Plamondon, le tribunal a refusé de se conformer à deux décisions en vertu desquelles la Loi sur la faillite avait priorité sur toutes les lois provinciales:

--- Fogel c. Grobstein et Liss ((1945) 26 C.B.R. 248).

--- Arrêt Daltners Limited ((1948) 30 C.B.R. 28).

Est cité comme jurisprudence dans ces deux décisions, l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire du Procureur général du Québec et la Banque Royal du Canada c. Larue ((1928) 8 C.B.R. 579, confirmant (1926) 7 C.B.R. 285 qui infirme (1925) 40 C.B.R. 561, qui confirme (1924) 5 C.B.R. 560). Toutefois, ce que le Conseil privé a réellement précisé, c'est que "... dès qu'un tel texte juridique (c.-à-d. la loi relevant de la compétence de l'assemblée provinciale) entre en conflit avec une loi fédérale dûment adoptée en vertu de l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, la loi fédérale a la préséance sur la législation provinciale et entre en vigueur selon sa teneur". (L'insistance est due à l'auteur). En d'autres termes, la Loi sur la faillite ne l'emporte pas simplement sur une partie ou l'ensemble de la législation provinciale, mais uniquement sur la législation qui entre dans la "teneur" ou la portée de la loi sur la faillite, dans les limites de la compétence découlant de L'Acte de l'Amérique du Nord britannique. C'est pourquoi la loi fédéral sur la faillite n'influe pas sur l'ensemble du droit provincial des propriétaires et des locataires, mais seulement sur cette partie du droit provincial des propriétaires et des locataires qui entre en contradiction avec le droit de l'administration des faillite. Les deux jugements rendus dans les affaires Fogel et Daltners appliquent donc mal à propos la décision du Coneil privé, et l'on peut avancer que les deux arrêts en arrivent à une conclusion erronée et ne sont donc pas applicables.

Par conséquent, si une clause résolutoire met fin au bail dès que la faillite est déclarée, le syndic ne peut acquérir aucun des droits du locataire dans le bail, en vertu du droit du Québec, ni ne peut exercer aucun des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de l'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite; autrement dit, le syndic ne peut pas décider de "retenir" le bail, ni ne peut non plus le "céder" à un locataire éventuel. Si le syndic passe outre la clause résolutoire et cherche à "céder" les droits du locataire, le propriétaire aura le droit d'expulser le locataire éventuel des lieux:

--- Re Plamondon - Marcotte c. Duquette et Rioux ((1959) 38 C.B.R. 200).

Si le bail contient une clause permettant au propriétaire de résilier le bail en question à son gré, après la faillite, les mêmes règles s'appliquent. Qui plus est, tant que le propriétaire n'exerce pas l'option, le syndic doit avertir le propriétaire de son intention de permettre à une tierce personne d'occuper les lieux, et obtenir le consentement du propriétaire en vue d'une telle occupation; autrement, le propriétaire aura le droit d'expulser la tierce personne:

--- Peladeau et Dupuis c. Bucoustsky ((1959) 2 C.B.R. n.s. 37).

Dans l'un et l'autre cas, le syndic sera responsable de tous les dommages encourus par l'acheteur éventuel ou la tierce personne en raison de la rupture de contrat entre le syndic et ces personnes.

CLAUSES RESOLUTOIRES ET PROPOSITIONS DE CONCORDAT

Lorsqu'un débiteur fait une proposition de concordat conformément à l'article 32 de la Loi sur la faillite et que les créanciers et le tribunal l'acceptent, il conserve l'entière capacité d'exercer tous ses droits civils. Pour plus de détails, le lecteur est prié de se reporter au mémoire de cette série intitulée " Responsabilités du syndic lors d'une proposition concordataire".

Par conséquent, si le bail du débiteur comporte une clause déclarant sa résiliation si le locataire-débiteur fait une proposition de concordat, cette clause est illégale et le propriétaire ne peut l'invoquer pour expulser le locataire-débiteur, car une proposition de concordat (traduction) "...qu'approuve le tribunal lie tous les créanciers et l'objet de la Loi sur la faillite serait détruit si l'on permettait au (propriétaire) d'invoquer la clause résolutoire..."

--- Drozinski c. Zemel ((1954) 34 C.B.R. 59, à la p. 60).

SOUS-LOCATIONS

A proprement parler, pour avoir le titre de propriétaire ou de bailleur d'un bail, il n'est pas nécessaire de posséder également les locaux loués, même si, en pratique, l'édifice où ils se trouvent appartient très souvent au propriétaire ou au bailleur. Cette faculté de pouvoir louer des locaux sans les posséder explique le pouvoir que donne au locataire l'article 1638 du Code civil du Québec. En vertu de cet article, "Le locataire a droit de sous-louer ... à moins d'une stipulation contraire".

Pour être clairs lors de la discussion des sous-locations, nous emploierons la terminologie suivante:

"Bail primitif" désigne le bail principal entre le propriétaire et le locataire;
"Propriétaire" désigne le bailleur du bail principal ou primitif;
"Locataire" désigne le preneur du bail principal ou primitif;
"Sous-location" désigne le bail entre le sous-bailleur et le sous-preneur, par opposition au bail primitif;
"Sous-bailleur" désigne le bailleur de la sous-location;
"Sous-preneur" désigne le preneur de la sous-location.

Il faut remarquer que, dans les définitions ci-dessus, le locataire du bail primitif et le sous-bailleur de la sous-location désignent la même personne, et que le mot utilisé dans le présent mémoire pour la désigner variera selon les besoins de la relation dont on parle.

En général, toutes les règles régissant les baux principaux, parfois appelés "baux primitifs", s'appliquent également aux sous-locations. Une autre règle s'y applique aussi à cause de leur relation avec les baux primitifs, selon laquelle l'accessoire suit le principal, ce qui veut dire, dans le cas présent, qu'une sous-location expire en même temps (ou avant) le bail primitif en vertu duquel elle a été accordée. Par conséquent, puisqu'une faillite seule ne résilie pas un bail primitif, il s'ensuit qu'elle ne peut seule mettre fin à la sous-location.

En outre, il existe une raison plus pratique; les droits du sous-bailleur, en particulier ceux de toucher le loyer du sous-preneur et de céder ses droits en tant que sous-bailleur de la sous-location , font partie de l'actif du locataire/sous-bailleur compris dans les biens du failli à répartir entre ses créanciers selon l'article 47(c) et (d) de la Loi sur la faillite:

--- Arrêt: Singer's Fit Rite Shoe Company Limited ((1922) 3 C.B.R. 245, aux pp. 249, 252, 253).

Cependant, en raison du principe selon lequel l'accessoire suit le principal, la sous-location est soumise aux conditions du bail primitif qui s'y appliqueront.

En règle générale, l'expiration du bail primitif met fin également à la sous-location:

--- General Industries Inc. c. Bellerose ((1929) 47 B.R. 140, à la p. 141 infirmant).

--- Séguier c. Dufresne ((1922) 60. C.S. 525, à la p. 526).

--- Arrêt: Eastern Nut Krust Bakeries Limited ((1922) 2 C.B.R. 215, à la p. 218).

Donc, si le bail primitif prend fin en vertu d'une clause de résiliation automatique, d'une décision du propriétaire autorisée par une clause du bail primitif ou à cause d'un "désaveu" du bail par le syndic conformément à l'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite, la sous-location prend donc fin. Dans ce cas, le sous-bailleur aura rompu le contrat de sous-location avec le sous-preneur qui n'aura donc pas le droit d'usage et de jouissance des locaux sous-loués pendant le reste du terme.

Si le sous-preneur avait un commerce dans les locaux et que ces derniers, en raison de leur emplacement, avaient un achalandage et de la publicité, il sera également privé de ces avantages à cause de la rupture du bail par le sous-bailleur. En vertu de l'article 95(1) de la Loi sur la faillite, les dommages subis par le sous-bailleur constituent une "créance ou en engagement auxquels (le failli/ sous-bailleur) peut devenir assujetti avant sa libération en raison d'une obligation contractée antérieurement à la date de la faillite" et, par conséquent, constituent une "réclamation prouvable" de la faillite pour des dommages non liquidés:

--- Arrêt: Schulte - United Limited ((1933) 14 C.B.R. 391, confirmé par (1934) 15 C.B.R. 520, infirmant (1933) 15 C.B.R. 54; rejet de la demande d'autorisation d'appel à la Cour Suprême du Canada (1934) 15 C.B.R. 533).

Le montant de la perte subie par le sous-preneur et le gain dont il a été privé constitueront les dommages-intérêts (article 1073 du Code civil du Québec).

D'autre part, si le syndic du locataire/sous-bailleur décide de "retenir" le bail jusqu'à son expiration, à ce moment, parce que les obligations du sous-bailleur envers le sous-preneur sont les mêmes que celles du propriétaire envers le locataire, le syndic peut être obligé de remplir les obligations du propriétaire envers le sous-preneur.

L'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite ne permet pas au syndic de résilier les baux signés par le failli propriétaire avant la faillite:

--- Arrêt: Palais des Sports de Montréal Limitée ((1960) 1 C.B.R. n.s. 260).

--- Arrêt: Cusson ((1935) 17 C.B.R. 103).

Cet article ne donne un droit au syndic qu'à l'encontre de la personne à qui les locaux furent loués. Par conséquent, le syndic du sous-bailleur, ayant les obligations d'un propriétaire envers un sous-preneur, ne peut également se prévaloir de cet article pour résilier la sous-location.

Le syndic peut donc faire payer à la masse les frais d'administration qu'entraînent ces obligations ou même devoir les débourser lui-même si la masse ne suffit pas à rembourser toutes ses dépenses. Pour plus de détails sur les obligations du propriétaire qui peuvent être assumées par le syndic lui-même dans ce cas, on reporte le lecteur à la deuxième partie du présent mémoire intitulée "Faillite du propriétaire". De toutes façons, il suffit de remarquer pour le moment que le syndic doit prendre en considération tous ces facteurs lorsqu'il accepte ou refuse d'être syndic de la faillite d'un locataire/sous-bailleur, choix autorisé par l'article 10(6) de la Loi sur la faillite et, s'il accepte, lorsqu'il choisit la procédure à suivre conformément à l'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite.

CHOIX DU SYNDIC

Si le bail ne comporte aucune clause résolutoire automatique, tant que le propriétaire n'a pas résilié le bail ou si le bail ne comporte pas cette option, selon l'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite, le syndic peut donc, "avec la permission des inspecteurs, faire toutes les choses suivantes ou l'une d'elles":

(1) "Retenir le bail durant la totalité ou durant une partie de la période en restant à courir";

(2) "Céder" le bail à un acheteur éventuel;

(3) "Abandonner" le bail au propriétaire avec son autorisation;

(4) "Désavouer" le bail sans l'autorisation du propriétaire.

Les deux dernières possibilités viennent de la "Common Law" anglaise, ce qui explique leur terminologie, inconnue dans le droit civil du Québec. Toutefois, ces droits existent néanmoins pour les syndic québécois, en vertu de l'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite. En pratique, il n'y a aucune différence entre eux:

--- Arrêt: Mussens Limited - Ex parte H.W. Petrie Limited ((1933) 14 C.B.R. 479, à la p. 482).

"(traduction) ...Dans pratiquement tous les cas, le syndic "désavoue le bail" lorsqu'il désire le résilier. Il doit obtenir l'approbation des inspecteurs pour tout "désaveu" ou "abandon" du bail... Ordinairement, s'il ne peut trouver aucun acheteur du bail et n'exige plus la possession, il obtient des inspecteurs l'autorisation de "désavouer". On rédige un "désaveu" ... et il est signifié au propriétaire...";

--- Me L.W. Houlden, (l'actuel juge Houlden de la Cour Suprême du l'Ontario) Bankruptcy of the Landlord or Tenant ((1965) 7 C.B.R. 113, à la p. 125).

Lorsqu'un syndic "désavoue", tous les droits et les obligations qu'il a reçus du failli prennent fin:

--- Cummer-Yonge Investments Limited c. Fagot ((1965) 8 C.B.R n.s. 62, à la p. 67).

En outre, et ce qui probablement importe davantage du point de vue du syndic, tant que celui-ci choisit de "retenir" les lieux, il est personnellement responsable du loyer. Le "désaveu" du bail met également fin à cette responsabilité:

--- Arrêt: Eastern Nut Krust Bakeries Limited ((1922) 2 C.B.R. 215, à la p. 217).

OCCUPATION DES LIEUX PAR LE SYNDIC

Que le bail soit résilié de plein droit par la faillite ou par l'exercice d'une option que le bail primitif accorde au propriétaire, et que le syndic décide valablement de "retenir" le bail pour le reste du terme, tant que le syndic occupe les lieux du locataire failli, il doit respecter diverses obligations qui incombent ordinairement au locataire, outre sa responsabilité personnelle quant au loyer d'habitation.

Le syndic n'est considéré occuper les lieux qu'après la nomination des inspecteurs de la faillite. Le simple fait que le syndic dresse un inventaire de l'actif situé sur les lieux et liquide les avoirs périssables, comme l'y obligent le paragraphe (2) et l'alinéa (a) du paragraphe (7) de l'article 12 de la Loi sur la faillite, n'est pas considéré comme l'occupation des lieux, tant que le syndic ne cherche pas à poursuivre l'affaire que le locataire exerçait auparavant sur les lieux. Jusqu'à la première assemblée des créanciers et à la nomination des inspecteurs, le syndic obéit aux instructions du séquestre officiel, et, sauf les pouvoirs en cas d'urgence que lui confère l'article 12, il n'a aucun pouvoir d'agir:

--- Rosen et Cohen c. Archambault ((1959) 37 C.B.R. 184).

--- Arrêt: Duplessis-Chatel c. Savage ((1970) 15 C.B.R. ns. 270 à la p. 272).

Si, après la première assemblée des inspecteurs, le syndic se hâte de prendre ses dispositions pour céder le bail à un acheteur éventuel au bénéfice des créanciers avant de "désavouer" le bail, cette démarche n'est pas considérée comme une occupation des lieux:

--- Rosen et Cohen c. Archambault ((1959) 37 C.B.R. 184).

Dans l'affaire Rosen, le tribunal a jugé (voir page 186):
(traduction)

> "il est évident qu'il faut laisser au syndic le temps de 'se retourner' lors de la liquidation d'une faillite. Il était raisonnable que le syndic (défendeur dans la présente action) commençât par chercher s'il était possible de céder son droit au bail à un tiers au bénéfice de la masse des créanciers avant d'"abandonner" le bail. Le syndic ne saurait "retenir" un bail indéfiniment sans être tenu de payer le loyer d'habitation. Dans la présente affaire, il s'agit d'une question de fait; le tribunal estime que le syndic n'a pas conservé son droit au bail plus longtemps qu'il ne le fallait pour déterminer l'action à engager dans les circonstances au bénéfice de la masse des créanciers. Le tribunal est donc convaincu que les demandeurs n'ont aucun droit de revendiquer un loyer d'habitation au syndic...
>
> La prétention que le syndic est personnellement responsable du loyer d'habitation n'est pas fondée sur les faits de la cause. Le syndic n'était pas partie au bail et les obligations stipulées dans ce bail ne constituaient pas des obligations personnelles pour lui. L'argument qu'il avait le droit d'accepter ou de rejeter la fonction de syndic est sans importance pour la détermination de sa responsabilité.
>
> La personne qui devient syndic accepte l'actif et le passif du failli tels qu'ils existent, mais ce faisant n'accepte aucune responsabilité personnelle quant au passif. La responsabilité personnelle qui peut incomber au syndic par la suite dépend d'actes ultérieurs qui créent cette responsabilité. D'après la preuve en l'espèce, le tribunal est convaincu que le syndic ne pouvait avoir de responsabilité personnelle."

Dans le cas présent, cinq semaines environ se sont écoulées entre la date de la faillite et celle de la première assemblée des inspecteurs, cinq autres semaines entre la date de l'assemblée des inspecteurs et celle du "désaveu" du bail par le syndic. Le tribunal a rejeté l'action intentée au syndic en recouvrement du loyer d'habitation des dix semaines complètes.

Cependant, si le syndic essaie de poursuivre les affaires du locataire failli, ou séjourne sur place plus longtemps que ne l'exige la bonne administration de la faillite, le syndic est tenu de payer le loyer d'habitation à compter du jour de la première assemblée des inspecteurs, comme nous le notons plus haut.

Le loyer d'habitation n'est pas une dette du failli. Le propriétaire n'a pas besoin d'en faire la preuve parce que ce loyer naît après la faillite, tandis que les "réclamations prouvables" dans une faillite doivent découler d'obligations contractées avant la faillite (paragraphe 1) de l'article 95 de la Loi sur la faillite). Le loyer d'habitation constitue une dépense d'administration, et à ce titre a préséance sur toutes les autres réclamations en vertu de l'article 107(1)(b)(i) de la Loi sur les faillites:

--- Arrêt: Duplessis-Chatel c. Savage ((1970) 15 C.B.R. n.s. 270, à la p. 272).

Le syndic est personnellement tenu de payer le loyer d'habitation:

--- Arrêt: Duplessis-Chatel c. Savage ((1970) 15 C.B.R. n.s. 270, à la p. 272).

--- Arrêt: Auto Experts Limited - ex parte Tanner ((1921) 1 C.B.R. 418, Confirmé par (1921) 3 C.B.R. 591);

--- Arrêt: Parsons; ex parte Scott ((1924) 5 C.B.R. 455);

--- Arrêt: Bigaouette ((1922) 2 C.B.R. 559);

--- Arrêt: Berinbaum: Finance et Industries Ltée c. Ettenberg ((1925) 31 R. de J. 209).

Le loyer d'habitation est exigible à l'échéance et le paiement n'en saurait être différé jusqu'à ce que soit achevée l'administration de la faillite:

--- Arrêt: Bigaouette ((1922) 2 C.B.R. 559).

En vertu de l'article 107(2) de la Loi sur la faillite, le loyer d'habitation doit être payé dès que les fonds nécessaires sont disponibles.

Si l'actif de la faillite n'est pas suffisant pour que le syndic s'acquitte du loyer d'habitation, le syndic est obligé de l'acquitter avec ses propres fonds:

--- Arrêt: Duplessis-Châtel c. Savage ((1970) 15 C.B.R. n.s. 270, à la p. 272).

--- Arrêt: Bigaouette ((1922) 2 C.B.R. 559).

Le syndic doit donc se protéger au préalable en obtenant que les créanciers lui accordent une indemnité suffisante pour solder au moins cette dépense:

--- Arrêt: Duplessis-Chatel c. Savage ((1970) 15 C.B.R. n.s. 270, à la p. 272).

--- Arrêt: Bigaouette ((1922) 2 C.B.R. 559).

--- Arrêt: Gump - ex parte Tew ((1921) 2 C.B.R. 56).

Le syndic doit donc peser attentivement les considérations qui précèdent avant de décider s'il accepte ou refuse d'exercer la fonction de syndic d'une faillite. En effet, l'article 10(6) de la Loi sur la faillite dispose:

> "Aucun syndic n'est tenu d'assumer les fonctions de syndic relativement à des cessions, à des ordonnances de séquestre ou à des propositions; mais du moment qu'il a accepté sa nomination à ce titre, il doit accomplir les devoirs que la présente loi impose à un syndic, jusqu'à ce qu'il ait été libéré ou qu'un autre syndic ait été nommé à sa place."

En vertu de la Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28,

" 'doit' ou 'devra', devant un infinitif, exprime une obligation."

A cause des dispositions de l'article 10(6), le syndic peut se trouver forcé de supporter les dépenses d'une faillite dont l'actif est limité ou nul. Le tribunal a expressément rejeté cette situation comme motif valable pour le syndic de refuser de continuer à exercer sa fonction:

--- Arrêt: Auto Experts Limited - ex parte Tanner ((1921) 1 C.B.R. 418, confirmé par (1921) 3 C.B.R. 591);

--- Arrêt: Gulf Sawmills Ltd. ((1922) 3 C.B.R. 384);

--- Arrêt: Hoyt ((1933) 14 C.B.R. 486, à la p. 489).

Outre l'obligation de payer le loyer d'habitation, si le bail primitif reste en vigueur après la faillite du locataire, le syndic prend également à sa charge toutes les autres obligations que le Code civil du Québec impose au locataire, par exemple "d'user de la chose louée en bon père de famille pour les fins seulement auxquelles elle est destinée, suivant les conditions et la destination du bail" (art. 1626, par. 1); " de rendre la chose dans la même condition qu'elle lui a été délivrée", sauf usure normale (art. 1632); d'autoriser la visite des lieux en vue de leur location ultérieure.

Certains baux commerciaux, en particulier lorsque le propriétaire n'est en réalité qu'un bailleur de fonds, qui n'est pas intéressé à s'outiller pour administrer l'édifice dans lequel sont situés les lieux loués, font en conséquence passer au locataire toutes ou presque toutes les obligations et dépenses qui incombent ordinairement au propriétaire, sauf une exception: l'obligation d'assurer au locataire la jouissance paisible des lieux, sans laquelle le bail ne saurait avoir d' existence juridique(par.3) de l'art. 1612 du Code civil du Québec. Les obligations juridiques ordinaires du propriétaire peuvent être ainsi reportées sur le locataire parce que toutes les dispositions du titre "Du louage" du Code civil, sauf le paragraphe (3) de l'article 1612 qui oblige le propriétaire à assurer au locataire la jouissance paisible des lieux, sont supplétives, c'est-à-dire que la loi supplée les dispositions que le

législateur estime appropriées dans un bail, pour les appliquer dans les cas où les parties n'ont pas prévu de dispositions.

De tels baux sont ordinairement appelés "baux avec remise partielle ou totale des charges au locataire". Le nom du bail est relativement sans importance; ce qui importe, c'est la portée des obligations ordinaires du propriétaire que ces baux mettent à la charge du locataire; elle ne peut être déterminée qu'à la lecture de chaque bail particulier. Quelles que soient ces obligations, le syndic est obligé de les assumer.

Dans l'arrêt rendu au sujet de l'affaire Crystal ((1926) 7 C.B.R. 345), le tribunal a jugé que le syndic n'est pas tenu d'exécuter les stipulations du bail primitif. Cependant cet arrêt, rendu en Ontario, se fondait non sur la Loi sur la faillite, mais sur certaines dispositions de l'Ontario Landlord and Tenant Act (loi ontarienne des propriétaires et des locataires) telles qu'elles existaient à l'époque; or, elles ne présentaient presque aucune ressemblance avec les dispositions actuelles du Code Civil du Québec. Il ne faut donc pas invoquer cette jurisprudence dans la province de Québec.

Pour les mêmes raisons que dans le cas du loyer d'habitation, si le syndic a donc quelque intention d'occuper les lieux assujettis à un bail avec remise partielle ou totale des charges au locataire, il doit s'assurer, avant d'accepter ou de refuser d'exercer la fonction de syndic de la faillite, que l'actif suffira à payer les dépenses nécessitées par les obligations d'entretien ou autres contractées par le locataire.

Il faut aussi remarquer que si certains dommages sont causés aux lieux dont le locataire serait ordinairement responsable, le propriétaire pourra présenter une réclamation au syndic personnellement et ne sera pas obligé de "prouver sa réclamation" contre le locataire failli, parce qu'en vertu de l'article 95(1) de la Loi sur la faillite, les "réclamations prouvables" dans une faillite doivent naître avant la date de la faillite; les réclamations nées après la date de la faillite ne relèvent pas des dispositions de la Loi sur la faillite.

Le bail peut renfermer une clause interdisant expressément de procéder aux ventes de faillite et aux enchères sur les lieux. Pareille clause doit être respectée. L'article 14(1)(a) de la Loi sur la faillite, qui confère au syndic le pouvoir de vendre l'actif de la faillite, doit être lu sous réserve des dispositions de l'article 117; il en découle que c'est seulement si les clauses du bail sont muettes sur ce point que le syndic peut vendre l'actif dans les lieux loués; si le bail interdit au syndic de procéder à de telles ventes sur place, l'article 14(1)(a) ne saurait lui en conférer le droit:

--- Arrêt: Plamondon-Marcotte c. Duquette et Rioux ((1959) 38 B.R. 200, aux pp. 202 et 203).

DROIT DE VENDRE LES AGENCEMENTS

L'article 1640 du Code Civil du Québec énonce ainsi le droit général concernant les agencements que le locataire a placés dans les lieux loués:

> "Le locataire a droit d'enlever, avant l'expiration du bail, les améliorations et additions qu'il a faites à la chose louée, pourvu qu'il la laisse dans l'état dans lequel il l'a reçue; néanmoins si ces améliorations et additions sont attachées à la chose louée, par clous, mortier ou ciment, le locateur peut les retenir en payant la valeur."

Cependant, cette disposition du Code Civil est supplétive.

Dans les baux commerciaux, il est courant de stipuler que les améliorations qui ne sont pas faciles à enlever ou dont l'enlèvement endommagerait ou dégraderait les lieux d'une manière ou d'une autre, deviennent la propriété du propriétaire à l'expiration du bail, sans aucune indemnité.

Comme il se peut souvent que les agencements constituent une part précieuse de l'actif du locataire failli, que ce soit en vue de la vente des seuls agencements à un acheteur éventuel ou en vue de la vente de l'affaire du locataire failli comme telle, vente qui engloberait les agencements et comporterait la cession des droits locatifs, la présence ou l'absence de telles

clauses peut avoir un effet important et décisif sur les pouvoirs de réalisation que possède le syndic en matière d'agencements. Il faut donc étudier les clauses pertinentes du bail afin de déterminer les conditions qui s'appliquent aux agencements. Si le bail n'en parle pas, l'article 1649 du Code Civil du Québec s'applique et accorde la propriété des agencements au propriétaire s'il en rembourse la valeur. Dans ce cas, le syndic n'a pas le droit de vendre les agencements à un autre acheteur, car il accomplirait ainsi l'acte illégal de vendre des biens dont le titre appartiendrait au propriétaire. Si le bail contient une clause qui accorde la propriété des agencements au propriétaire sans indemnisation, la situation est semblable. Au cas où le syndic tenterait de vendre l'entreprise comme une entreprise en activité, tout ce qu'il peut transférer à l'acheteur éventuel c'est le droit d'usage des agencements avec le consentement du propriétaire, mais il ne peut pas en transférer la propriété.

DEUXIEME PARTIE - FAILLITE DU PROPRIETAIRE

INTRODUCTION

Lorsqu'un syndic administre la masse d'un propriétaire failli, les biens du propriétaire failli ne comprennent pas seulement les biens matériels, c'est-à-dire les bâtisses où sont situés les lieux loués, mais aussi tous les droits que le propriétaire peut avoir sur les baux de tous ses locataires, en vertu de la Loi sur la faillite, article 47(c) et (d).

Dans le cadre du présent document, on suppose qu'il n'existe pas de créanciers garantis qui pourraient exercer des droits de réalisation sur les bâtisses où sont situés les lieux loués.

Le lecteur trouvera dans le mémoire de la présente série intitulé "Modes de réalisation" une étude de la vente des biens matériels.

La suite du présent document porte sur l'étude des transactions du syndic touchant les droits du propriétaire failli en vertu des baux avec tous ses locataires.

INTERDICTION DU "DESAVEU" DES BAUX PAR LE PROPRIETAIRE

L'article 14(1)(k) de la Loi sur la faillite, qui accorde au syndic le droit de "desavouer" un bail, ne s'applique qu'aux syndics des locataires faillis et non aux syndics des propriétaires faillis, malgré la formulation de cet article:

--- In re Cusson ((1935) 17 C.B.R. 103).

Les parties de l'article 14(1)(k) pertinentes en l'espèce se lisent comme suit:

> "14(1) Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut faire toutes les choses suivantes ou l'une d'elles:
>
> (k) décider . . . de désavouer tout bail ou autre intérêt provisoire se rattachant à un bien du failli".

A première vue, l'article 14(1)(k) semble parler d'un bail consenti par un propriétaire sur les biens du propriétaire. En effet, pour former le contrat de louage il faut deux parties, soit le propriétaire et le locataire, et par conséquent, le locataire ne peut pas se louer à lui-même ses propres biens.

Toutefois, selon la Cour d'appel du Québec:

> ". . . en matière de faillite, le législateur s'est préoccupé, pour le bénéfice de la masse des créanciers, de libérer le débiteur du plus grand nombre possible de ses obligations qui peuvent augmenter son passif. Et, dans le cas actuel, il ne s'agit pas de telle obligation. Le loyer que doit verser l'intimé . . . constitue un actif . . . A défaut d'une disposition spécifique au contraire, l'article 10(1)(k) (actuellement 14(1)(k)) ne doit pas être interprété comme permettant, du simple fait de la faillite . . . une résiliation de bail par le syndic . . . Le syndic n'a pas d'autres droits que ceux qu'avaient le bailleur lui-même . . ." et la résiliation immédiate, au moment de la faillite du bailleur, n'en est pas un.

--- In re Palais des Sports de Montréal Ltée ((1960) 1 C.B.R. n.s. 260, à la page 262).

Le tribunal a de plus souligné que l'article 14(1)(k) accorde au syndic le droit de faire l'un des choix suivants:

(1) "Retenir le bail durant la totalité ou durant une partie de la période en restant à courir";

(2) "Céder" le bail à un acheteur éventuel;

(3) "Abandonner" le bail au propriétaire avec son consentement;

(4) "Désavouer" le bail sans le consentement du propriétaire.

Selon l'observation du tribunal, on peut considérer que les deux premiers choix s'appliquent également aux droits du propriétaire et aux droits du locataire du bail, mais que les deux derniers choix sont, par nature, des droits que seuls les locataires peuvent exercer et non les propriétaires. Compte tenu du fait, comme nous l'avons déjà souligné, que les droits d'un propriétaire constituent un actif de sa faillite et que le propriétaire, en voulant exercer les deux derniers choix, enlèverait ces éléments d'actif à la masse alors que le syndic a l'obligation de les réaliser au bénéfice de l'ensemble des créanciers, le tribunal a alors jugé que, nonobstant l'utilisation par l'article 14(1)(k) des mots "biens du failli" définis aux articles 2 et 47(c) et (d), l'article 14(1)(k) ne s'applique qu'aux droits accordés au syndic d'un locataire failli et a rejeté l'action, intentée par le syndic d'un propriétaire failli en vue de faire expulser un locataire, qui se fondait sur le "désaveu" présumé du bail conclu entre le propriétaire failli et le locataire:

--- In re Palais des Sports de Montréal Limitée ((1960) 1 C.B.R. n.s. 260).

ENREGISTREMENT DES BAUX PORTANT SUR LES BIENS DU PROPRIETAIRE

En conséquence, le syndic assume, du moins au départ, toutes les obligations du propriétaire à l'endroit de tous ses locataires, quelles que soient ces obligations en vertu des baux.

De même, du moins au départ, si le syndic désire vendre un bâtiment appartenant au propriétaire failli et renfermant des lieux loués par le propriétaire à un ou plusieurs locataires, la vente doit se faire sous réserve des droits de tous ces locataires en vertu de ces baux.

Il faut ensuite connaître la portée réelle des droits des locataires. Ces droits dépendent à leur tour de l'enregistrement de leur bail portant sur les lots cadastraux où sont érigés les édifices renfermant les lieux loués et, même si les baux sont enregistrés, il faut connaître les dispositions qu'ils contiennent quant au droit accordé à l'acheteur éventuel de l'édifice appartenant au propriétaire d'expulser des locataires avant l'expiration de leur bail.

Cette matière est régie par les articles 1663 et 2128 du Code Civil du Québec.

L'article 1663 stipule comme règle générale que le locataire ne peut, en raison de l'aliénation de l'édifice renfermant les lieux loués, être expulsé avant l'expiration du bail par l'acheteur de l'édifice. L'article fait une exception, si l'acheteur doit avoir le droit d'expulser les locataires au moment de l'achat de l'édifice au propriétaire, il ne peut le faire que si le bail (et non l'acte de vente de l'édifice) contient une stipulation spéciale à cet effet et a été enregistré.

L'article 2128 contient une stipulation qui semble, à première vue, contredire au moins en partie l'article 1663. Cet article stipule que, lorsque le bail est conclu pour un terme excédant un an, il doit être enregistré pour pouvoir être invoqué contre l'acquéreur et le forcer à respecter le droit du locataire de demeurer sur les lieux jusqu'à l'expiration du bail. Si ce bail n'est pas enregistré, on ne peut l'invoquer contre l'acquéreur qui peut expulser le locataire. Cette règle ne s'applique pas cependant aux baux pour un terme n'excédant pas un an et l'acquéreur doit donc respecter ces baux qu'ils soient enregistrés ou non. Puisque l'acquéreur peut exiger que l'édifice que doit vendre le syndic du propriétaire failli soit vide, il est important pour le syndic de vérifier si l'un des baux conclus par le propriétaire failli peut être invoquer contre lui et l'acquéreur ou s'il peut, en toute sécurité, ne pas en tenir compte. L'explication suivante tente de dissiper la confusion créée par la contradiction apparente entre les deux stipulations mentionnées ci-dessus et peut aider le syndic à trancher cette question

délicate. Le syndic doit examiner chaque bail séparément afin de déterminer laquelle des règles suivantes le régit et, en conséquence, quelle influence il peut avoir sur le projet de vente par le syndic d'édifices renfermant des lieux loués par le propriétaire failli.

Si le bail est conclu pour un terme n'excédant pas un an, le locataire n'est pas tenu d'enregistrer le bail pour protéger son droit au maintien dans les lieux advenant la vente de l'édifice, conformément à l'article 2128, mais le propriétaire doit enregistrer un bail stipulant que le locataire peut être expulsé des lieux par tout acquéreur de l'édifice, si le propriétaire veut avoir la faculté de vendre l'édifice vide pendant la durée du bail. Les règles suivantes s'appliquent donc aux baux dont le terme n'excède pas un an:

(1) Si le bail est enregistré et contient cette stipulation spéciale, l'acheteur peut expulser le locataire (article 1663); la stipulation n'a pu être incluse qu'avec le consentement du locataire qui, de ce fait, renonce à la protection que lui accordent les articles 1663 et 2128;

(2) Si le bail est enregistré, mais ne contient pas cette stipulation, le locataire a le droit au maintien dans les lieux jusqu'à l'expiration du bail (article 2128);

(3) Si le bail n'est pas enregistré, le locataire a le droit au maintien dans les lieux jusqu'à l'expiration du bail (article 2128);

--- Cloutier c. Dufresne ((1924) 31 R.J. 206);

--- F.X. St-Charles & Company c. Friedman ((1964) 62 R.C.S. 186, à la page 213, confirmant (1913) 21 R.L. n.s. 96).

Si le bail est conclu pour un terme excédant un an, le locataire, s'il veut se protéger contre une expulsion par un acheteur, doit enregistrer un bail qui ne contient aucune stipulation relative à l'expulsion du locataire advenant la vente de l'édifice renfermant les lieux loués et le propriétaire doit enregistrer un bail stipulant que le locataire peut être expulsé des lieux pour tout acquéreur de l'édifice, si le propriétaire a l'intention d'avoir la faculté de vendre un édifice inoccupé pendant le terme du bail. Les règles

suivantes s'appliquent donc aux baux pour un terme excédant un an:

(1) Si le bail est enregistré et contient cette stipulation spéciale, l'acquéreur peut expulser le locataire (article 1663);

(2) Si le bail est enregistré, mais ne contient pas cette stipulation spéciale, le locataire a le droit au maintien dans les lieux jusqu'à l'expiration du bail (article 2128);

--- Choinière c. Gauthier ((1928) 66 C.S. 286);

--- Rothenberg c. Frieberg and Pick ((1958) C.S. 18, aux pp. 20, 21).

(3) Si le bail n'est pas enregistré, l'acquéreur a le droit d'expulser le locataire (article 2128);

--- F.X. St-Charles & Company c. Friedman ((1914) 62 R.C.S. 186, à la page 213, confirmant (1913) 21 R.L. n.s. 96);

--- Les Investissements Rocan Inc. c. Palangio ((1967) C.S. 636).

Il faut remarquer que, dans le cas d'un bail non enregistré conclu pour un terme excédant un an, même si l'acquéreur a le droit d'expulser le locataire, celui-ci peut néanmoins poursuivre le vendeur du bien en dommages-intérêts, en raison de la rupture de son bail suite à son expulsion par l'acquéreur avant l'expiration du bail; ces dommages-intérêts ne comprennent pas le loyer que le locataire paie pour les nouveaux locaux qu'il occupe:

--- Kramer c. Druck et Desève ((1919) 58 C.S. 435).

Cela signifie que, dans ces cas, le locataire expulsé peut poursuivre le syndic en dommages-intérêts.

Ces dommages-intérêts peuvent constituer une "réclamation prouvable" en matière de faillite contre la masse du propriétaire, en conformité de l'article 95(1) de la Loi sur la faillite parce que le propriétaire est tenu de payer

ces dommages-intérêts en raison des obligations du bail conclu avant la date de sa faillite:

--- In re Thompson Knitting Company - Ex parte Bever & Wolf ((1924) 5 C.B.R. 189, confirmé par (1925) 5 C.B.R. 489).

Cependant, dans le cas d'un bail enregistré qui contient une clause permettant à l'acquéreur d'expulser le locataire, celui-ci n'a pas le droit de réclamer des dommages-intérêts au vendeur (le syndic), parce que la stipulation du bail n'a pu être insérée qu'avec le consentement du locataire et qu'en donnant son consentement, il est censé avoir renoncé à ses droits aux dommages-intérêts advenant son expulsion.

POURSUITE DES AFFAIRES DU PROPRIETAIRE PAR LE SYNDIC

L'article 14 de la Loi sur la faillite autorise le syndic à poursuivre les affaires du propriétaire dans les termes suivants:

"14(1) Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut faire toutes les choses suivantes ou l'une d'elles:

(b) donner à bail des biens réels ou immobiliers;

(c) continuer le commerce du failli, dans la mesure où la chose peut être nécessaire pour la liquidation avantageuse de l'actif; . . . "

De plus, l'article 14 contient d'autres pouvoirs utiles à la poursuites des affaires du propriétaire, en particulier, les suivants:

"14(1)(d) intenter ou contester toute action ou autre procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli;

14(1)(e) employer un avocat ou autre mandataire pour engager des procédures ou pour entreprendre quelque affaire que les inspecteurs peuvent approuver;

14(1)(g) contracter des obligations, emprunter de l'argent et fournir des garanties sur quelque bien du failli par voie de mortgage, d'hypothèque, de privilège, de cession

> de nantissement ou autrement, telles obligations devant être libérées et tel argent emprunté emprunté devant être remboursé avec intérêt à même les biens du failli, avec priorité sur les réclamations des créanciers".

Puisque le syndic doit, entre la date de la faillite et la date de la vente, assumer tous les droits et toutes les obligations du propriétaire en vertu de tous les baux affectant des lieux ou des édifices appartenant au propriétaire, en conformité avec l'article 47(c) et (d) de la Loi sur la faillite, le syndic doit poursuivre les affaires du propriétaire quant à la gestion et à l'entretien des immeubles où les locaux sont situés même si le syndic a l'intention de vendre les biens le plus tôt possible. Comme nous l'avons déjà mentionné, le propriétaire a peut-être pu imposer quelques-unes de ces obligations juridiques habituelles ou même toutes celles-ci à un locataire au moyen d'un bail avec remise partielle ou totale des charges au locataire. Le syndic doit donc vérifier toute la portée des obligations du propriétaire failli en examinant chaque bail. Pour le moment, cependant, si le propriétaire s'est chargé de toutes ses obligations habituelles dans un bail, le syndic se voit obligé d'entretenir dans un bon état l'édifice, de surveiller les systèmes de chauffage, de climatisation, de plomberie, d'extincteurs, de veiller au nettoyage, à l'enlèvement de la neige, au service des ascenseurs ainsi qu'à d'autres services secondaires et au versement des primes d'assurance. Cela arrive le plus souvent dans le cas des baux d'habitation. Le syndic rencontre des problèmes semblables dans le cas de baux commerciaux, et même lorsque les baux avec remise partielle ou totale des charges au locataire, le syndic peut être tenu de fournir ces services pour les "lieux communs" des édifices commerciaux, comme les couloirs, les ascenseurs, les halls d'entrée, les entrées et les sorties, etc. Si le syndic néglige ces obligations, il risque d'être poursuivi en justice par un ou plusieurs locataires qui veulent résilier leur bail, quitter les lieux et recouvrer des dommages-intérêts (voir l'article 1641 du Code Civil du Québec), cela pourrait épuiser l'actif de la masse et faire tomber la valeur des édifices contenant ces lieux loués, sans parler de la perte des droits du propriétaire sur les baux eux-mêmes et des loyers qui en proviennent pour le bénéfice de la masse des créanciers.

Evidemment, l'accomplissement de ces obligations amène le syndic à acheter des matériaux et à louer des services. Puisque les factures de ces matériaux fournis ou de ces services rendus après la faillite ne sont pas des "réclamations prouvables" en matière de faillite, en vertu de l'article 95(1) de la Loi sur la faillite, ces réclamations doivent être acquittées à leur échéance et l'on ne peut en retarder l'acquittement jusqu'à la distribution finale des dividendes; de plus, le syndic sera tenu personnellement responsable de l'acquittement de ces frais, sauf preuve contraire:

--- In re Steven & Groff Lumber Company Limited ((1925) 5 C.B.R. 522, à la page 527, confirmé par (1925) 5 C.B.R. 727).

--- In re Allied Oil & Gas Company Limited ((1928) 10 C.B.R. 69).

--- In re Duplex Construction Company - Ex parte Union Electric Supply Company Limited ((1928) 10 C.B.R. 411).

--- In re J.H. Smith & Son ((1929) 10 C.B.R. 393).

--- Grobstein c. Capra ((1929) 11 C.B.R. 250).

--- In re Landsman & Wexler ((1937) 19 C.B.R. 15).

--- Edwards c. Duclos ((1939) 21 C.B.R. 104, à la page 106, confirmé par (1940) 22 C.B.R. 215).

Comme tous ces frais sont nécessaires à l'administration de la masse, ils doivent être payés en priorité, conformément à l'article 107(1)(b) et (i) de la Loi sur la faillite et dès que les fonds nécessaires pour le faire sont disponibles, conformément à l'article 107(2).

Le syndic serait donc bien avisé, avant de décider de refuser ou d'accepter sa nomination comme syndic de la masse du propriétaire failli, surtout à cause des dispositions de l'article 10(6) de la Loi sur la faillite obligeant le syndic à mener à son terme l'administration de la faillite, soit de vérifier si la valeur totale de l'actif de la masse suffit à couvrir ses dépenses et ses honoraires, soit d'obtenir de la part des créanciers une indemnité pour toutes les dépenses de cette nature qu'il est exposé à subir ainsi qu'une garantie du paiement de ses honoraires:

--- In re Auto Experts Ltd. - Ex parte Tanner ((1921) 1 C.B.R. 418, confirmé par (1921) 3 C.B.R. 591).

--- In re Gulf Sawmills Ltd. ((1922) 3 C.B.R. 384).

--- In re Hoyt ((1933) 14 C.B.R. 486 à la page 489).

Si pour une raison quelconque, le syndic, une fois qu'il a accepté d'administrer l'actif d'un propriétaire failli, découvre que l'exécution des obligations du propriétaire s'avère plus onéreuse qu'il ne l'avait d'abord prévu, il peut se prévaloir de divers moyens pour ne pas engager sa responsabilité personnelle. Comme nous l'avons déjà dit, le syndic est personnellement redevable sauf preuve contraire; s'il peut prouver le contraire, seule la masse est redevable des frais d'administration pour la poursuite des affaires du propriétaire et le syndic n'est pas responsable personnellement.

Une des façons de ne pas engager sa responsabilité personnelle est de faire adopter par les inspecteurs une résolution qui exonère expressément le syndic de toute responsabilité personnelle:

--- Edwards c. Duclos ((1939) 21 C.B.R. 104, confirmé par (1940) 22 C.B.R. 215).

Lorsque le syndic a été exempté de la responsabilité personnelle grâce à une résolution des inspecteurs, il devrait le faire savoir clairement à toute personne avec qui il passe un contrat pour des biens ou des services devant servir à la poursuite des affaires du propriétaire failli et il devrait même insister pour que l'on insère dans chaque contrat la mention que la responsabilité incombe à la masse de la faillite et non à lui-même personnellement:

--- In re Steven & Groff Lumber Company Limited ((1925) 5 C.B.R. 522, à la page 527, confirmé par (1925) 5 C.B.R. 727).

--- Arrêt Allied Oil & Gas Company Limited ((1928) 10 C.B.R. 69).

--- Arrêt J.H. Smith & Son ((1929) 10 C.B.R. 393).

Une autre façon de ne pas engager sa responsabilité personnelle est de se prévaloir de la protection accordée au syndic qui poursuit les affaires d'un failli par l'article 15(5) de la Loi sur la faillite qui se lit comme suit:

> "15.(5) Le syndic n'est pas tenu de continuer le commerce du failli s'il est d'avis que la valeur réalisable des biens est insuffisante pour le protéger complètement contre la possibilité de pertes occasionnées par la continuation du commerce, et si les créanciers ou les inspecteurs, sur demande faite par le syndic, négligent ou refusent de lui donner des garanties contre la possibilité de pareilles pertes".

DROIT DE VENDRE LES AGENCEMENTS

Le Code civil du Québec énonce, ainsi à l'article 1640, le droit général en ce qui concerne les agencements que le locataire peut avoir placés dans les lieux loués:

> "1640. Le locataire a droit d'enlever, avant l'expiration du bail, les améliorations et additions qu'il a faites à la chose louée, pourvu qu'il la laisse dans l'état dans lequel il l'a reçue; néanmoins si ces améliorations et additions sont attachées à la chose louée, par clous, mortier ou ciment, le locateur peut les retenir en en payant la valeur".

Il s'agit toutefois d'une disposition supplétoire du Code civil.

Dans les baux commerciaux, il est courant de stipuler que toutes les améliorations qui ne sont pas faciles à enlever, ou dont l'enlèvement endommagerait ou détériorerait l'état des lieux, deviennent la propriété du propriétaire à l'expiration du bail, sans aucune indemnité.

Il faut examiner le bail pour déterminer les conditions qui s'appliquent aux agencements. Si le bail contient une clause accordant la propriété au propriétaire sans indemnité, le syndic peut vendre les agencements comme faisant partie des biens du propriétaire failli. Si le bail ne dit rien à ce sujet, l'article 1640 du Code civil s'applique et accorde au propriétaire ou à la masse du propriétaire failli la propriété des agencements moyennant indemnisation de leur valeur. Le syndic doit, dans chaque cas, déterminer si la transaction est avantageuse.

Colloque sur la faillite
Montréal
le 23 novembre 1973.

Notes de travail sur
LES DIVERS MODES DE REALISER DES ACTIFS DE FAILLITE

L. Claude Mercure, C.A.

TABLES DES MATIERES

LES DIVERS MODES DE REALISER DES ACTIFS DE FAILLITE

	PAGE
INTRODUCTION	1
SOUPLESSE DE LA PROCEDURE	1
CONTROLES DESTINES A PROTEGER LES DROITS	3
PROTECTION DE DIVERS DROITS AVANT DE PROCEDER A LA VENTE	6
PLAN DE LA PRESENTE ETUDE	11
PROMPTE REALISATION DE L'ACTIF	12
VENTES SANS AUTORISATION DES INSPECTEURS	14
LE SYNDIC ET LES INSPECTEURS DOIVENT AGIR DE BONNE FOI	16
IL NE DOIT EXISTER AUCUN CONFLIT D'INTERETS	18
VENTES A DES PERSONNES LIEES AU DEBITEUR	28
AUTRES PERSONNES NON AUTORISEES A ACHETER	32
VALIDITE DE LA VENTE SAUF IRREGULARITE PREJUDICIABLE	32
USAGES EN MATIERE DE REALISATION	33
VENTE PRIVEE	33
INTRODUCTION	33
VENTE PRIVEE - USAGES APPROUVES PAR LES TRIBUNAUX	34
--- Vente privée approuvée - Créanciers satisfaits du prix	34
--- Vente privée approuvée - Disposition d'urgence	34
VENTE PRIVEE - USAGES DESAPPROUVES PAR LES TRIBUNAUX	35
--- Vente privée désapprouvée - Aucun prix fixé	35
--- Vente privée désapprouvée - Contre-partie non monétaire	37
--- Vente privée désapprouvée - Proposition simulée de concordat aux créanciers	38

PAGE

--- Vente privée désapprouvée - Participation des actionnaires aux dividendes 39

VENTE PAR VOIE DE SOUMISSION 39

INTRODUCTION 39

VENTES PAR VOIE DE SOUMISSIONS - USAGES APPROUVES PAR LES TRIBUNAUX 41

--- Approbation de la vente par voie de soumission - Justification de la clause de réserve permettant le rejet d'offres 41

--- Approbation de la vente par voie de soumissions - Acceptation d'une offre ferme de préférence à une offre conditionnelle plus elevée 43

--- Approbation de la vente par voie de soumission - Acceptation d'un prix "raisonnable" 44

VENTES PAR VOIE DE SOUMISSIONS - USAGES DESAPPROUVES PAR LES TRIBUNAUX 44

--- Vente par voie de soumission désapprouvées - Soumissions de dernière minute ou marchandage des soumissions 44

--- Vente par voie de soumissions désapprouvées - Utilisation irrégulières de la clause de réserve permettant le rejet des offres 46

--- Vente par voie de soumissions désapprouvée - Acceptation d'une offre non conforme à l'appel d'offres 48

--- Vente par voie de soumissions désapprouvée - Brièveté du délai pour soumissionner 49

--- Vente par voie de soumissions désapprouvée - Soumission sans prix fixe 49

--- Vente par voie de soumission désapprouvée - Présentation de soumissions par l'entremise d'inspecteurs 50

VENTE PAR VOIE DE SOUMISSION - PROCEDURE APPROPRIEE QUAND AUCUNE DES OFFRES N'EST SATISFAISANTE 51

VENTE AUX ENCHERES 52

NOUVELLE REGLE 109 54

--- Introduction 54

--- Teneur de l'avis 54

--- Motifs de l'avis 55

PAGE

--- Procédure à suivre lors de la réception des offres 57

--- But de la règle 109 58

QUELQUES PROBLEMES PARTICULIERS DE LA REALISATION

CESSION DE BAUX, DE CONCESSIONS, ETC. 59

COMPTES A RECEVOIR 60

--- Introduction 60

--- Garantie légale du syndic 60

--- Exclusion de la garantie de solvabilité 62

--- Exécution de la vente 62

POLICES D'ASSURANCE SUR LA VIE 62

--- REGLES GENERALES S'APPLIQUANT A TOUT LE CANADA 62

--- Qui est propriétaire ou titulaire de la police? 62

--- Droits du propriétaire ou du titulaire de la police 63

--- Faillite du propriétaire 63

--- La valeur de rachat peut constituer un actif du patrimoine du failli 64

--- Absence de bénéficiaire 64

--- Mode de réalisation 64

--- Faillite du bénéficiaire 65

--- Protection spéciale de la famille immédiate de l'assuré 65

--- REGLES PROVINCIALES SPECIALES 66

DISPOSITIONS SPECIALES CONCERNANT LES VENTES DE BIENS IMMOBILIERS DANS LA PROVINCE DE QUEBEC 67

--- INTRODUCTION 67

--- Hypothèques et privilèges 68

--- Réalisation rapide 69

--- Provisions contenues dans la Loi sur la faillite dans le but de protéger leurs droits 71

LES DIVERS MODES DE REALISER DES ACTIFS DE FAILLITE

INTRODUCTION

De toutes les fonctions du syndic, la plus importante est la réalisation de l'actif et la distribution du produit de cette réalisation aux créanciers.

De façon générale, la Loi sur la faillite investit le syndic des pouvoirs les plus étendus en ce qui a trait au recouvrement de l'actif d'un failli, y compris le droit de perquisition et de saisie, l'interrogatoire du failli et des personnes liées au failli et à ses affaires. La loi fait preuve aussi de la plus grande souplesse en permettant au syndic de procéder de la façon la plus rapide, la plus efficace et la moins coûteuse pour récupérer l'actif de la faillite en faveur des créanciers. La Loi sur la faillite envisage de la même façon la réalisation de l'actif de la faillite.

Dès l'entrée en vigueur de la loi antérieure à la présente Loi sur la faillite, en 1920, les tribunaux ont confirmé de façon continue cette souplesse à l'égard de l'adminintration des faillites et l'un d'entre eux a exprimé de la façon suivante les principes qui motivent cette façon de voir:

> "... Il s'agit d'une loi commerciale qui, en premier lieu, est surtout administrée par des hommes d'affaires. On ne doit donc pas donner suite aux objections de nature technique plus qu'il n'est nécessaire pour interpréter la loi en conformité avec son sens et son intention véritables ou encore pour prévenir une injustice (Article 84, maintenant l'article 157(9));
>
> --- In re McCoubrey (1924) 5 C.B.R. 248, à la p. 252.

SOUPLESSE DE LA PROCEDURE

De fait, en matière de réalisation, la Loi sur la faillite est très succincte et impose très peu de conditions sur la méthode à suivre. Les dispositions essentielles se retrouvent à l'article 14:

> "14(1) Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut faire toutes les choses suivantes ou l'une d'elles:

(a) vendre ou autrement aliéner, à tel prix ou moyennant telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs, tous les biens ou une partie des biens du failli, y compris l'achalandage, s'il en est, ainsi que les créances comptables échues ou à échoir du crédit du failli, par soumission, par enchère publique ou de gré à gré, avec pouvoir de transférer la totalité des susdits à une personne ou à une compagnie, ou de les vendre par lots;....

(k) ... de céder... tout bail ou autre intérêt provisoire se rattachant à un bien du failli;...

(2) La permission donnée pour les objets du présent article n'est pas une permission générale de faire toutes les choses susmentionnées ou l'une ou l'autre de ces choses, mais est restreinte à la chose ou aux choses particulières, ou à la classe de choses que spécifie la permission."

Pour assurer au syndic la souplesse nécessaire en vue de disposer des biens, la Loi sur la faillite contient d'autres dispositions qui l'assistent et le protègent dans la bonne administration des biens, soit:

(1) afin de réaliser les biens du failli, un syndic a le pouvoir d'agir n'importe où comme syndic. (article 12(6));

(2) quand les intérêts de l'actif l'exigent, le syndic peut disposer sommairement de biens sujets à s'avarier ou susceptibles de dépréciation rapide (article 12(7)(a));

(3) dans un cas d'urgence où il est impossible d'obtenir des inspecteurs, en temps utile, l'autorisation requise pour prendre les mesures qui s'imposent, le syndic peut obtenir l'opinion d'un conseiller juridique, intenter les poursuites judiciaires et prendre les

mesures qu'il juge nécessaires dans l'intérêt de l'actif (article 12(9)).

(4) un syndic peut demander au tribunal des instructions relativement à quelque question touchant l'administration de l'actif d'un failli (article 16(1));

(5) tant que le syndic agit de façon prudente et respecte le titre de tiers sur des biens qui sont en la possession du failli, "le syndic ne doit être tenu personnellement responsable d'aucuns dommages ou pertes résultant de cette saisie ou aliénation et subis par une personne réclamant ces biens ou un intérêt y afférent" (article 58, 59(4) et 186.

CONTROLES DESTINES A PROTEGER LES DROITS

Toutefois, même si la Loi sur la faillite impose peu de contrôles sur la procédure ou le mode de réalisation, elle impose des contrôles très sévères avant le début de la réalisation, dans le but de protéger

(1) le droit collectif de la masse des créanciers de façon à ce qu'ils reçoivent le meilleur rendement possible de la réalisation au coût le plus bas,

(2) les droits que peuvent avoir des tiers sur les biens du failli,

(3) les droits des acheteurs éventuels des biens, de façon à assurer qu'on traite avec eux de manière équitable, et

(4) le droit du public qui exige que l'activité commerciale se poursuivre, d'une façon générale, avec toute la protection voulue, non seulement en ce qui concerne les rapports entre les créanciers, les acheteurs éventuels et le syndic d'une faillite particulière, mais plutôt entre toutes ces parties dans toutes les faillites.

Les dispositions suivantes s'appliquent à ces questions:

Article 94(8) " S'il n'y a pas d'inspecteurs ou si les inspecteurs n'exercent pas les pouvoirs qui leur sont conférés, le syndic doit convoquer une assemblée des créanciers aux fins de nommer des inspecteurs ou de substituer d'autres inspecteurs, et de prendre les mesures ou donner les instructions qui peuvent être nécessaires."

Article 94(9) " Le syndic doit, dans l'administration des biens du failli et dans leur distribution parmi les créanciers de ce dernier, tenir compte des instructions qui peuvent être données par résolution des créanciers à une assemblée générale, ou par les inspecteurs, et toute instruction ainsi donnée par les créanciers est censée, en cas de conflit, annuler toute instruction donnée par les inspecteurs."

Article 94(11)" A moins d'avoir obtenu l'approbation préalable du tribunal, aucun inspecteur ne peut, directement ou indirectement, acheter ou acquérir pour lui-même ou pour un autre quelque bien de l'actif dont il est un inspecteur."

Article 94(10)" Les décisions et actes des inspecteurs sont sujets à révision par le tribunal à la requête du syndic ou de quelque personne intéressée, et le tribunal peut révoquer ou modifier un acte ou une décision des inspecteurs, et il peut donner les instructions, la permission ou l'autorisation qu'il juge à propos de substituer à celles des inspecteurs, ou il peut renvoyer une affaire aux inspecteurs pour qu'ils la reprennent en considération."

Article 19 " Si un acte ou une décision du syndic lèse le failli ou l'un des créanciers ou toute autre personne, l'intéressé peut s'adresser au tribunal, et ce dernier peut confirmer, infirmer ou modifier l'acte ou la décision qui fait l'objet de la plainte et rendre à ce sujet l'ordonnance qu'il juge équitable."

Dans le cas particulier des ventes par soumission la Règle 109, mise en vigueur par le décret-en-conseil no C.P. 1973-710, 27 mars 1973, DORS/73-169, Gazette du Canada 11 avril 1973, partie II, vol. 107, nO 7, p. 796, édicte des règles particulières dans l'intention de protéger tous ces intérêts convergents.

Cependant, les syndics en général, ont constaté que l'application pratique de la Règle 109 (Autrefois le bulletin 12) crée de fréquents désavantages aux diverses faillites.

(1) La présence des soumissionnaires à l'ouverture des soumissions empêche toutes possibilités de négociations additionnelles avec le plus haut soumissionnaire dans le but de maximiser la réalisation.

(2) Le dépôt statutaire de 15 % est trop élevé dans le cas des immeubles et insuffisant dans le cas des biens meubles.

(3) Dû au fait que la règle détermine précisément le montant des dommages liquidés dans les cas où le soumissionnaire retire sa soumission, ceci écarte tous recours possible contre ce dernier, advenant le cas où la revente résulterait en une perte supérieure au montant du dépôt.

(4) La règle ne permet pas un dépôt en argent.

(5) Contrairement au bulletin 12, la règle ne stipule pas que l'ouverture des soumissions devrait avoir lieu a l'heure même prévus pour la fermeture des soumissions.

Le présent rapport tente de traiter tous les aspects de la réalisation:

--- les mesures à prendre par le syndic pour s'assurer qu'il possède réellement le droit et le titre pour vendre ou aliéner les biens trouvés en la possession du failli;

--- les mesures à prendre par le syndic pour s'assurer que ce qu'il vend ne tombe pas entre les mains de certaines personnes inaptes dont la participation à la vente de l'actif du failli peut éveiller des soupçons graves de la part des créanciers et du public à l'égard de cette vente;

--- les "données de base" économiques et juridiques relatives aux trois types de ventes permises par la Loi sur la faillite;

--- la description des modalités diverses relatives à ces ventes qui ont été approuvées ou désapprouvées par les tribunaux; et

--- les modes de réalisation qui ne comportent aucune vente de l'actif, mais plutôt l'exercice direct par le syndic du droit d'agir du débiteur (article 47(d)) en faveur de l'ensemble des créanciers.

PROTECTION DE DIVERS DROITS AVANT DE PROCEDER A LA VENTE

La fonction de liquider l'actif doit se fonder sur le pouvoir de le faire. En d'autres mots, il ne suffit pas que le syndic ait la permission de vendre, il doit d'abord avoir, sur cet actif, un titre aussi complet que celui du propriétaire pour pouvoir donner, de son propre chef, un titre juridique valable à l'acheteur.

Selon l'article 47 de la Loi sur la faillite,

> "47. Les biens d'un failli (selon la définition de l'article 2 sous la rubrique "biens") constituant le patrimoine attribué à ses créanciers... comprennent
>
> (c) tous les biens ... qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération, et

(d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice."

Dans cet article, "les biens du failli" signifient donc les biens sur lesquels le failli possède un titre juridique et les pouvoirs que le failli, en vertu de ce titre, aurait pu exercer avant la faillite comporteraient le droit d'aliéner ces biens, c'est-à-dire de se déposséder de ce titre juridique et de le transférer entièrement à une autre personne. Toutefois, c'est un principe fondamental du droit qu'une personne ne peut transférer un droit que si elle le possède.

En d'autres mots, si elle ne possède pas le titre, elle ne peut le transférer. Ou encore, dans le langage courant, elle ne peut donner que ce qui lui appartient et non ce qui appartient à un autre.

Lorsqu'au moment de la faillite, en vertu de l'article 50(5) De la Loi sur la faillite, "...un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens" et que le syndic prend possession des biens, conformément à l'articel 12(2), et que le pouvoir et la capacité de céder ou autrement aliéner ces biens, en vertu des articles 47(d) et 50(5), passent et sont dévolus au syndic, cela veut dire que le syndic ne reçoit que les pouvoirs du failli et seulement ceux-là. Le syndic ne peut acquérir ce que la failli ne possède pas. En conséquence, si un bien quelconque qui est en la possession du failli est assujetti à une restriction quelconque relative au droit de transférer le titre, le syndic est lui aussi assujetti à cette même restriction:

--- In re Wilson, Stackhouse and McArthur (1926) 7 C.B.R. 437.

L'article 50(5) reconnaît explicitement ce fait en assujettissant le transfert des droits du failli aux autres dispositions de la Loi sur la faillite et aux droits des créanciers garantiès. Pour le syndic, cela veut dire concrètement que la Loi sur la faillite protège les droits des personnes qui ont un titre sur des biens physiquement en possession du failli et que le syndic doit s'assurer par tous les moyens mis à sa disposition par la Loi sur la faillite que tous les biens qu'il trouve en possession du failli appartiennent de fait au failli par un titre juridique en bonne et due forme et que, s'il trouve que le failli n'a aucun titre ou seulement un titre restreint sur un bien quelconque qui se trouve en sa possession, le syndic doit voir à ce que ce bien soit rendu à son propriétaire légitime ou à la personne

en faveur de laquelle la restriction du titre a été crée, avant de procéder à la réalisation, c'est-à-dire, avant de tenter de transférer le titre de ce bien en le vendant.

Habituellement, un requérant qui revendique un droit de propriété sur des biens trouvés en possession du failli, dépose une preuve de réclamation en vertu de l'article 59(1) et de la règle 92.1, en se servant de la formule 51.1.

Si le syndic a une raison de soupçonner que certains biens trouvés en la possession du failli appartiennent à un autre, même si aucune réclamation n'est déposée, l'article 59(4) accorde au syndic le pouvoir de demander par écrit, sur la formule 44, à toute personne qu'il croit propriétaire de ces biens, de produire une preuve de réclamation à leur sujet et si, quinze jours après l'envoi de l'avis, cette personne n'a pas produit la preuve de réclamation sur ces biens, le syndic peut obtenir l'autorisation du tribunal de vendre ou d'aliéner ces biens sans que cette personne retienne un privilège, un droit, un titre ou un intérêt en l'espèce. Si le syndic se conforme scrupuleusement à cette procédure, il peut se prévaloir de la protection accordée aux syndics par l'article 58, qui vise à éviter qu'un syndic ne soit surpris par une réclamation revendiquant un droit de propriété sur un bien alors que le syndic a réalisé le bien en question. L'article 58 autorise le tribunal à condamner le syndic à verser des dommages-intérêts pour une perte ou des dommages subis par le requérant par suite d'une saisie ou d'une aliénation de biens lui appartenant si le syndic est coupable de négligence dans l'exercice de ses fonctions quant aux biens. La négligence dont parle cet article se rapporte au défaut du syndic de prendre des précautions élémentaires mises à sa disposition par l'article 59(4). En conséquence, en ayant recours au procédé relativement simple et peu coûteux qui consiste à envoyer un avis demandant de prouver une réclamation et à demander au tribunal d'autoriser la vente d'un bien avec titre incontesté, le syndic peut s'épargner beaucoup de temps et de difficultés:

--- In re Bergevin (1936) 18 C.B.R. 396, à la p. 398.

Si le syndic vend des marchandises qui appartiennent à une personne qui en réclame la propriété, celle-ci a droit au produit entier de la vente de ces marchandises et non seulement à prendre rang parmi les autres créanciers pour la distribution du produit de la réalisation;

--- In re Potter (1922) 2 C.B.R. 443;

--- In re Iberville Furniture & Appliances Co. Ltd; Brobstein c. Facto (1956) 4 C.B.R. n.s. 36.

Si le produit de la vente est inférieur à la valeur des biens, le requérant peut avoir le droit de recevoir la valeur entière des biens et non seulement le produit de la vente;

--- Gagnon c. International Business and Machines Company Limited (1925) 8 C.B.R. 113.

Si le syndic reçoit un avis de réclamation de la part d'un requérant qui revendique la propriété des biens et procède quand même à l'aliénation des biens réclamés, il est coupable de négligence et peut être tenu personnellement de payer des dommages-intérêts au requérant ainsi que les frais judiciaires de ce dernier:

--- In re Lemieux and Copping Motor Distributors Limited (1921) 1 C.B.R. 464.

Si avant la faillite, le débiteur a donné à une autre personne une option valide et obligatoire ou un droit de premier acheteur, le syndic doit prendre possession des biens en tenant compte de cette option ou de ce droit de premier acheteur et toute tentative de la part du syndic en vue de vendre ces biens doit se conformer aux conditions de l'option, c'est-à-dire, doit permettre au détenteur du droit d'option d'exercer d'abord son droit:

--- In re Lake Shore Motor Inc: Asselin c. Geoffrion (1955) 35 C.B.R. 92.

Habituellement, lorsqu'un syndic vend un bien pour le réaliser, la loi l'oblige à en certifier le titre, c'est-à-dire, à garantir à l'acheteur que le syndic a le droit et le pouvoir de transférer le titre, parce que le titre est entièrement valide, et de garantir aussi que, vu la validité du titre, personne ne peut revendiquer un droit au titre dans ce bien contre l'acheteur et l'en priver:

--- Johnstone Fabricators Ltd. c. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. (1964) 7 C.B.R. n.s. 22;

--- Béland c. Alarie (1953) B.R. 513.

Cependant, en insérant dans le contrat de vente une clause explicite à ce sujet, le syndic peut exclure son obligation habituelle de certifier le titre et, s'il le fait, il n'est pas lié par ce type de garantie:

--- Béland c. Alarie (1953) B.R. 513.

On recommande fortement cette pratique d'exclure la certification du titre aussi bien que les autres garanties, comme la garantie que les biens sont de bonne qualité ou sans défaut.

Une clause dans le contrat de vente excluant la garantie en ajoutant une condition en vertu de laquelle les biens achetés sont pris dans l'état et au lieu où ils se trouvent sont deux expédients simples qui évitent une grosse perte de temps et des difficultés. Ces commentaires ne s'appliquent pas seulement aux requérants qui revendiquent un droit de propriété, mais aussi à d'autres, par exemple les créanciers garantis, qui détiennent des privilèges ou des charges sur des éléments particuliers de l'actif du failli et qui, en vertu de ces privilèges ou de ces charges, ont le droit de recouvrer les biens afin de les réaliser eux-mêmes et de recouvrer ainsi leur créance garantie.

On considère souvent qu'un bail est une charge sur les biens loués: Le lecteur trouvera, dans le mémoire de la présente série intitulé: "Droits des propriétaires et des locataires", une étude des droits du syndic sur les biens loués en vertu d'un bail.

Lorsqu'il traite avec les créanciers garantis, le syndic, s'il croit qu'il existe une équité pour la masse, doit suivre la procédure établie à l'article 99 de la Loi sur la faillite, c'est-à-dire il doit exiger que le créancier dépose auprès du syndic une déclaration sous serment contenant tous les détails de sa garantie ou de ses garanties, la date de son octroi et la valeur que le créancier lui attribue. Si le syndic est satisfait de la valeur attribuée par le créancier garanti, il peut racheter la garantie en versant à ce créancier la dette ou la valeur que celui-ci attribue à la garantie. Si le syndic n'est pas satisfait de la valeur attribuée, ou si le créancier garanti se montre réticent à fournir au syndic les renseignements nécessaires à l'exercice de ses droits, le syndic peut alors exiger que le bien nanti soit mis en vente à la date et aux conditions convenues entre le créancier et le syndic ou, à défaut de cette entente, le tribunal peut donner des

instructions (Article 100(1)). Si le syndic ne se conforme pas à la procédure établie par les articles 99 et 100 et vend quand même le bien, il peut être tenu de verser des dommages-intérêts pour avoir privé le créancier garanti de la jouissance du bien grevé d'un privilège pendant la durée de la possession illégale par le syndic et l'acheteur ainsi que de payer tous les frais du créancier garanti causés par les agissements préjudiciables du syndic;

--- In re Hancock: Ex parte Spraggett (1952) 32 C.B.R. 96.

PLAN DE LA PRESENTE ETUDE

Pour traiter des modes de réalisation dans le reste de la présente étude, nous nous fondons sur deux hypothèses en ce qui a trait a la propriété des biens vendus par le syndic:

(1) le syndic avait d'abord un titre de propriété valable, en ayant vérifié la validité pour sa propre protection, et

(2) le syndic s'est assuré de la protection complémentaire que lui procure l'exclusion de toute stipulation de garantie dans les contrats de vente.

Ayant constaté que son titre de propriété sur les biens du failli à transférer à d'éventuels acheteurs est incontestable, le syndic doit ensuite décider, de concert avec les inspecteurs de l'actif, du meilleur moyen de réaliser celui-ci, et à obtenir l'autorisation des inspecteurs pour la transaction particulière qu'ils envisagent dans leurs délibérations.

En vue d'atteindre les buts de la Loi sur la faillite, c'est-à-dire d'assurer la diligente administration de l'actif du failli et de diminuer autant que possible les pertes des créanciers, les tribunaux ont conçu diverses règles de conduite destinées aux inspecteurs, à la masse des créanciers et au syndic. Au premier abord, ces règles peuvent sembler quelque peu abstraites. Mais que ceci ne rebute pas le lecteur. Les arrêts des tribunaux sur les divers genres de vente, les usages commerciaux qui les entourent et la conciliation des nombreux intérêts contradictoires en jeu dans chaque réalisation dépendent dans une large mesure des circonstances de chaque cas. Cependant, les tribunaux abordent l'examen des solutions possibles des problèmes dont ils sont saisis d'après les règles que nous allons expliquer.

L'exposé de cette question est en quelque sorte un cercle vicieux, parce que les solutions pratiques sont incompréhensibles si l'on ignore les règles, et que celles-ci restent sans importance pratique si l'on ne comprend les situations auxquelles elles s'appliquent. Nous avons donc jugé préférable d'extraire des nombreux arrêts rendus en ce domaine les principes qui leur sont communs, avant d'entrer dans la foule de détails qui comportent des diverses situations examinées par les tribunaux. A mesure que le lecteur connaîtra les applications pratiques, il acquerra "l'instinct" des règles, en appréciant avec plus ou moins de précision ce que signifient les règles dans les diverses situations qui se présentent.

PROMPTE REALISATION DE L'ACTIF

Il est de l'intérêt des créanciers que l'actif soit réalisé le plus promptement possible:

--- affaire Stober: le syndic c. Mark Workman Investment Corporation (1923) 3 C.B.R. 801, à la p. 804; ordonnance provisoire annulée à cause de l'inconstitutionnalité de la disposition invoquée à l'appui de la requête, (1923) 4 C.B.R. 34;

--- affaire Eastern Paper Company Limited (1923) 3 C.B.R. 722, à la p. 723;

--- affaire Ashcroft Steel Co. Ltd.: Bissell & Bissell Ltd. c. Friefeld (1962) 5 C.B.R. (nouvelle série) 239, à la p. 248;

--- affaire Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 C.B.R. (nouvelle série) 158, p. 162.

Par conséquent, les tribunaux ne tolèrent pas que l'inaction des créanciers ou des inspecteurs que les créanciers désignent comme leurs mandataires pour l'administration des biens du failli, retardent cette dernière.

En conséquence, lorsqu'il a été impossible d'obtenir le quorum requis par la loi pour que la première assemblée des créanciers soit régulièrement tenue et que cette carence a persisté pendant deux ans après l'ordonnance de séquestre rendue contre le failli, la Cour d'Appel de l'Ontario a ordonné au syndic de convoquer une assemblée où les créanciers présents, même s'ils n'étaient pas assez nombreux pour former quorum, constitueraient une assemblée à laquelle pourraient valablement

se dérouler les délibérations ordinaires de la première assemblée de créanciers.

--- affaire Cheerio Toys & Games Ltd. (No. 2) (1972) 27 D.L.R. (3ème) 24; arrêt confirmant (1971) 15 C.B.R. (nouvelle serie) 77.

La Cour supérieure du Québec est allée encore plus loin lorsque s'est présentée une situation semblable. En l'espèce, le syndic n'avait pas réussi à obtenir le quorum, après avoir tenté cinq fois de réunir les créanciers, en deux mois. Il avait reçu plusieurs offres d'achat des biens du failli, dont la plus favorable expirait à très brève échéance. Le tribunal a déclaré qu'il ne laisserait pas expirer cette offre simplement à cause de l'inactivité de créanciers ne voulant pas participer à l'assemblée, et a autorisé le syndic à accepter l'offre la plus favorable;

--- affaire Lajoie (1971) C.S. 464.

Dans une autre affaire plaidée devant la Cour supérieure du Québec, les créanciers s'étaient réunis en première assemblée, mais aucun n'avait accepté le mandat d'inspecteur; le tribunal a autorisé le syndic à accepter une offre d'achat des biens du failli, tout en comprenant l'indifférence des créanciers à l'égard de ces biens; à cause du faible produit à prévoir, ils auraient perdu leur temps à poursuivre les délibérations après la première assemblée;

--- affaire Masson et Masson: Gingras c. Patry (1972) C.S. 634.

Dans les affaires Lajoie et Masson, le tribunal a rejeté la procédure qu'un autre juge avait adoptée dans les affaires Lemay et Rainville (1970) C.S. 328, et Filteau (1922) 3 C.B.R. 669; dans ces cas, le tribunal avait refusé d'autoriser directement le syndic à vendre les biens du failli, statuant qu'en l'absence des inspecteurs, c'était des créanciers, non du tribunal, que le syndic devait obtenir l'autorisation. Dans l'affaire Masson, le tribunal déclare (p. 636); "(traduction libre) ... Le tribunal est obligé de tenir compte du caractère urgent des offres d'achat et de leur perte possible par retard. En outre, il est très difficile de faire fonctionner l'appareil nécessaire pour réunir les créanciers en assemblée générale, surtout dans une faillite à laquelle les créanciers manifestent si peu d'intérêt qu'aucun ne consent à être nommé inspecteur..."

Pour les mêmes motifs, le tribunal autorise le syndic à vendre les biens du failli, lorsqu'il en a obtenu l'autorisation des inspecteurs, même si des poursuites sont en cours en vue de vérifier la légalité des votes relevés à l'assemblée de créanciers qui a élu les inspecteurs, la légalité de l'élection des inspecteurs, la légalité de l'élection du président de l'assemblée et la légalité d'une décision du président;

--- affaire Eastern Paper Company Limited (1923) 3 C.B.R. 722, à la p. 723.

Le tribunal ne tolère aucune tentative du débiteur de retarder la vente de l'actif, lorsque le débiteur propose comme solution de rechange des dispositions dont l'issue est incertaine, ou lorsque les actes du débiteur font obstacle à la réalisation économique des avoirs par le syndic:

--- affaire Stanford's Limited (1923) 13 C.B.R. 400;

--- Dufour c. Dufour (1955) R.L. 25;

--- affaire Niagara Crushed Stone Limited (1961) 2 C.B.R. (nouvelle série) 271.

Comme les inspecteurs ont l'obligation d'administrer les biens de la faillite au meilleur intérêt des créanciers qu'ils représentent, le tribunal ne tolère pas que les inspecteurs retardent sans raisons les efforts du syndic pour réaliser les biens:

--- affaire Compads Limited: Dumas c. MacLean (1943) 25 C.B.R. 31, à la p. 33;

--- affaire Eric Peterson Construction Limited (1966) 9 C.B.R. (nouvelle série) 158, à la p. 163.

VENTES SANS AUTORISATION DES INSPECTEURS

Bien que l'alinéa (a) du paragraphe (1) de l'article 14 autorise le syndic à vendre les biens du failli avec la permission des inspecteurs, la dérogation à cette règle générale ne rend pas nécessairement la vente nulle, du moment que les circonstances de la vente justifient cette dérogation. La permission que prévoit l'alinéa

(a) du paragraphe (1) de l'article 14 n'est pas nécessaire pour habiliter le syndic à vendre. Il y est habilité de plein droit, dès la déclaration de faillite, en vertu du paragraphe (5) de l'article 50. Le motif pour lequel est exigée la permission des inspecteurs, est de protéger le syndic à l'égard des créanciers, quant aux frais:

--- Duncan et Honsberger, Bankruptcy in Canada, troisième édition, Toronto, 1961, p. 112, où est citée la jurisprudence.

Le paragraphe (9) de l'article 12 dispose que:

> "Dans un cas d'urgence où il est impossible d'obtenir des inspecteurs, en temps utile, l'autorisation requise pour prendre les mesures qui s'imposent, le syndic peut obtenir l'opinion d'un conseiller juridique, intenter les procédures judiciaires et prendre les mesures qu'il juge nécessaires dans l'intérêt de l'actif."

En conséquence, avant la nomination des inspecteurs, le tribunal a autorisé le syndic à accepter l'offre d'acheter la place de membre de la Bourse qui appartenait au failli:

--- affaire Thornton Davidson and Company (1920) 1 C.B.R. 383.

Dans l'affaire Eagle Transport Limited (1969) 13 C.B.R. (nouvelle série) 102, le syndic avait été nommé par l'ordonnance de séquestre rendue le 8 avril 1969. Aussitôt après sa nomination, le syndic s'est hâté de faire des démarches afin de trouver preneur pour le seul actif de la faillite, c'est-à-dire les "droits de roulage" de la compagnie de camionnage dans la province de la Saskatchewan; ces droits, sauf renouvellement anticipé, expiraient le 30 avril de chaque année. Si la vente des droits de roulage devait rapporter quoi que ce fût, il fallait procéder promptement à la vente. Le syndic a donc conclu la vente en temps opportun, le 24 avril 1969. Il a convoqué la première assemblée de créanciers le 12 mai 1969. Il y a exposé tous les faits qui touchaient son travail pour mener à bien la vente des droits de roulage. Les créanciers ont alors ratifié cette vente. Le tribunal a rejeté la requête en annulation présentée par un créancier qui d'ailleurs, à l'assemblée, avait proposé la ratification de la vente, le tribunal jugeant que le requérant n'avait pas prouvé que la vente avait été conclue contrairement aux intérêts de la masse.

Dans l'affaire Pachal's Beverages Limited (1969) 13 C.B.R. (nouvelle série) 160, le syndic a suivi une conduite semblable, mais dans ce cas, la vente de l'actif était moins urgente que dans l'affaire Eagle Transport. A leur première assemblée, postérieure à la vente, les créanciers ont ratifié les actes du syndic; le tribunal a rejeté la requête du créancier qui demandait l'annulation de la vente.

La jurisprudence qui précède ne donne cependant pas carte blanche au syndic pour agir sans les inspecteurs ou pour désobéir à leurs instructions. Si le syndic est de bonne foi en désaccord avec les inspecteurs, il doit demander au tribunal d'étudier la décision des inspecteurs à laquelle il s'oppose (art. 94(10)).

LE SYNDIC ET LES INSPECTEURS DOIVENT AGIR DE BONNE FOI

De façon générale, le syndic et les inspecteurs doivent agir de bonne foi dans l'intérêt des créanciers. La Loi sur la faillite charge les inspecteurs de la surveillance de l'actif, en attribuant un autre pouvoir de surveillance au tribunal, mais celui-ci n'use pas de ce pouvoir pour intervenir dans la gestion des inspecteurs, tant que ceux-ci agissent de bonne foi:

--- affaire Assaf et Dabous (1926) 7 C.B.R. 689, à la p. 691;

--- affaire Goldberg (1927) 8 C.B.R. 463, à la p. 464;

--- affaire Feldman (1932) 13 C.B.R. 313, à la p. 314; arrêt confirmant (1931) 13 C.B.R. 95;

--- affaire E.J. Callaghan Limited (1932) 13 C.B.R. 356, à la p. 358;

--- affaire Amca Mines Limited (1938) 20 C.B.R. 1, à la p. 3;

--- affaire J.L. Jacobs & Company Limited (1941) 22 C.B.R. 208, à la 215;

--- affaire Niagara Glen Products Limited (No 1) (1950) 31 C.B.R. 6, à la p. 8;

--- affaire Niagara Glen Products Limited (No 2) (1950) 31 C.B.R. 10, à la p. 12; arrêt confirmé par 31 C.B.R. 14;

--- Dufour c. Dufour (1955) R.L. 35, à la p. 41;

--- affaire Lake Shore Motor Inc.: Asselin c. Geoffrion (1955) 35 C.B.R. 92, à la p. 95;

--- affaire Robinson (1956) 14 C.B.R. (nouvelle série) 157;

--- affaire Fero (1958) 37 C.B.R. 179;

--- affaire Windsor Shoe and Slipper Co. (1960) C. S. 347;

--- affaire Canadian Aluminum Window Co. Ltd. (1961) 3 C.B.R. (nouvelle série) 300, à la p. 301;

--- affaire Niagara Crushed Stone Limited (1961) 2 C.B.R. (nouvelle série) 271, à la p. 275;

--- affaire Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 C.B.R. (nouvelle série) 158, à la p. 162;

--- affaire Eagle Transport Limited (1969) 13 C.B.R. (nouvelle série) 102, à la p. 103;

--- affaire Pachal's Beverages Limited (1969) 13 C.B.R. (nouvelle série) 160, à la p. 163;

--- affaire Ayotte et Frères Inc. (1973) C. S. 551, à la p. 554.

Le syndic n'est pas le simple serviteur des inspecteurs; on exige de lui qu'il use de son jugement personnel, en homme d'affaires raisonnable, et il n'est pas nécessairement obligé de se conformer aux instructions des inspecteurs lorsqu'il estime que leur décision ne sert pas au mieux l'intérêt de la masse en faveur de laquelle est créé son mandat. Le syndic ou tout autre intéressé peut demander au tribunal de modifier les décisions et les actes des inspecteurs (par. 10 de l'art. 94):

--- affaire Goldberg (1927) 8 C.B.R. 463, à la p. 464;

--- affaire Niagara Glen Products Limited (1950) 31 C.B.R. 6 et 31 C.B.R. 14, à la p. 17;

--- affaire Jenny Lind Candy Shops Limited (1939) 21 C.B.R. 182, à la p. 187;

--- affaire Barnard (1939) 20 C.B.R. 337, à la p. 338.

Il va de soi que si le syndic intente des procédures en pareille matière contraires aux intérêts de la masse, il s'expose à être condamné personnellement à payer tous les frais:

--- affaire Pérusse (1925) 7 C.B.R. 166, aux pp. 176 et 179.

De même, si un créancier, le failli ou un tiers s'estiment lésés par un acte ou une décision du syndic, ils peuvent demander au tribunal de modifier l'acte ou la décision du syndic (art. 19). (Il faut remarquer au passage que si quelqu'un veut exercer un recours contre le syndic dans un autre but que de modifier un acte ou une décision dudit syndic, par exemple dans le but de recouvrer des dommages-intérêts, que le tribunal puisse ou non modifier cet acte, il doit d'abord obtenir du tribunal la permission de poursuivre le syndic (art. 186). Ceci s'applique à l'action en dommages-intérêts découlant de l'inaction du syndic, puisque l'article 19 exige qu'il y ait eu un acte ou une décision que le tribunal puisse modifier.)

Dans les poursuites intentées en vertu soit de l'article 19, soit du paragraphe 10 de l'article 94, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver la mauvaise foi, la fraude ou la collusion des inspecteurs ou des syndics, afin de persuader le tribunal d'intervenir dans les décisions ou actes de ces derniers. Voir la jurisprudence citée plus haut.

IL NE DOIT EXISTER AUCUN CONFLIT D'INTERETS

Les tribunaux se sont montrés très soucieux de la protection des intérêts des créanciers en général, lorsque les inspecteurs, ou certains d'entre eux, ont un intérêt personnel à obtenir, ou à aider quelqu'un d'autre à obtenir des éléments d'actif à bas prix, contrairement aux intérêts que les créanciers les ont chargés de défendre en obtenant le plus haut prix possible compte tenu des circonstances. Cela se traduit par l'exercice du pouvoir discrétionnaire que reconnaît au tribunal l'article 94(11), traitant des ventes faites aux inspecteurs en particulier, rédigé de la manière suivante:

"94(11) A moins d'avoir obtenu l'approbation préalable du tribunal, aucun inspecteur ne peut, directement ou indirectement, acheter ou acquérir pour lui-même ou pour un autre quelque bien de l'actif dont il est un inspecteur".

Le tribunal a accordé aux inspecteurs l'autorisation d'acheter des éléments d'actif de la faillite, car le syndic n'était pas en mesure d'obtenir une autre offre d'achat du bien hypothéqué, permettant de liquider cet actif;

--- Dans l'affaire Gulf of St. Laurent Shipping and Trade Company (1921) 2 C.B.R. 214.

Un tribunal a ainsi approuvé, à son corps défendant, une vente faite à un inspecteur, autorisée par un vote émis à la majorité des autres inspecteurs:

--- Dans l'affaire Lincoln Floral Company Limitée (1940) 21 C.B.R. 325.

Dans l'affaire Ross c. Necker (1948) 29 C.B.R. 1, jugement modifié quant au montant des dommages-intérêts par 29 C.B.R. 175, modifiant (1947) B.R. 401, le syndic d'une société en faillite, dont le siège social est à Montréal, doit vendre des biens appartenant à la société et situés à la Jamaïque. Les inspecteurs ont adopté une résolution pour donner au syndic le pouvoir de vendre ces biens, dans les termes suivants:

" Se rendre le plus rapidement possible à la Jamaïque, juger par lui-même et sur place de la situation et prendre sur les lieux toutes les décisions, les mesures, et intenter toutes les actions judiciaires qui apparaîtraient, à son avis, nécessaires; plus particulièrement, lui donner le pouvoir de conclure tous les accords avec le gouvernement de la Jamaïque ou avec l'un quelconque de ses ministères, avec l'Amirauté, avec toutes les banques, sociétés de gestion de portefeuille, compagnies, sociétés de personnes, entreprises ou personnes qu'il s'agisse de vente, d'achat, de garantie, d'échange ou d'autres transactions selon

> les clauses et conditions, et pour la contrepartie, qui, à son entière discrétion, pourraient paraître bonnes, et spécialement, sans limiter en aucune manière la généralité des pouvoirs énoncés précédemment, aliéner tout ou partie des entreprises de la société à la Jamaique, au bénéfice de toute personne qu'il peut juger acceptable, pour la contrepartie ou aux conditions qui peuvent lui paraître appropriées; autoriser, de plus, ledit syndic à agir et à passer ces actes, soit personnellement, soit par l'intermédiaire de représentants ou d'avocats dûment nommés par lui, et plus généralement et sans restriction aucune, faire, effectuer et exécuter, ou faire faire, faire effectuer ou faire exécuter, à la Jamaique, dans le cadre des contrats, des entreprises et des engagements de la Société à la Jamaique, tous les actes, accords et transactions que la société elle-même, si elle n'avait pas été en faillite, aurait pu effectuer en vertu des décisions prises par son conseil d'administration ou par une assemblée générale annuelle ou spéciale des actionnaires".

Le lendemain de l'adoption de cette résolution, le syndic la fait approuver par le tribunal et se rend à la Jamaique pour vendre les biens. L'acquéreur avait été inspecteur de l'actif de la faillite. Au retour du syndic à Montréal, il réunit une assemblée des inspecteurs, les informant que des copies de l'acte de vente leur seraient envoyées afin qu'ils en prennent connaissance. Six mois plus tard, un second acte est passé, modifiant les termes du premier acte. Ce second acte est signalé aux inspecteurs, pour la première fois, neuf mois après sa signature. Plusieurs années plus tard, l'acquéreur intente au syndic une action en annulation de l'acte de vente. Le tribunal annule l'acte pour les motifs suivants:

> (1) La résolution votée par les inspecteurs ayant pour but d'autoriser le syndic à vendre les biens à l'inspecteur ne respectait pas ce qui constitue maintenant l'article 14(2) de la loi dans la mesure où les termes de cette résolution n'autorisaient pas spécialement cette vente,

mais qu'elle était rédigée en termes des plus généraux;

(2) le tribunal qui avait approuvé la résolution rédigée en termes très généraux avait fait une erreur en agissant ainsi, et n'aurait pas dû l'approuver parce qu'elle n'était pas particulière;

(3) ce qui constitue maintenant l'article 94(11) de la loi exige l'approbation préalable du tribunal de toute vente faite à un inspecteur, et le terme "approbation préalable" signifie approbation limitée à une résolution donnant des pouvoirs spéciaux, et puisque, en l'espèce, il n'y avait pas d'approbation du tribunal portant sur une résolution donnant des pouvoirs spéciaux, il n'existait pas en fait d'approbation préalable comme la loi l'exige;

(4) en aucun cas, l'autorisation générale ne pouvait être interprétée comme une autorisation de vendre à un inspecteur de la faillite, puisqu'une résolution votée par les inspecteurs ne pouvait autoriser le syndic à faire un acte interdit par la Loi sur la faillite.

Dans l'affaire Van Damme (1924) 5 C.B.R. 225, l'un des inspecteurs de l'actif de la faillite a agi comme avocat de la faillie lors du règlement de la succession de son mari défunt. En raison de sa situation financière difficile, elle n'avait pu payer le relevé des honoraires dus pour services rendus présenté par l'avocat. L'avocat a alors versé à une autre personne la somme de $500 pour l'amener à persuader la veuve de faire une cession de biens. Lorsqu'elle l'eut faite, l'avocat a fait le nécessaire pour se faire nommer comme inspecteur. L'avocat/inspecteur avait prévu que son père achèterait certains terrains possédés par la faillie, et dans ce but, il a obtenu l'aide d'un autre inspecteur en dégageant ce dernier de certaines dettes que celui-ci avait envers ledit avocat. Ensemble, ils ont conspiré, pour obtenir des renseignements sur une offre concurrente soumise pour l'actif en cause. Les manoeuvres de l'avocat ont réussi, et

la propriété a été vendue à son père. Il a été prouvé qu'au cours d'une conversation échangée par les inspecteurs peu de temps après la vente, l'avocat s'est vanté d'avoir fait "une bonne affaire" ayant l'intention, lors de la revente, de s'arranger pour se faire payer le montant de ses honoraires pour services rendus. Apprenant cela, la débitrice présente au tribunal une requête en annulation de la vente et en révocation de l'inspecteur. Le tribunal a reconnu le bien-fondé de ces deux requêtes, jugeant que, du moment où il était prouvé que la vente faite par le syndic avait été faite indirectement à un inspecteur, sans approbation préalable du tribunal, cette vente étai nulle et non avenue.

Dans l'affaire H. Packer & Son Ltée (1936) 17 C.B.R. 207, un des inspecteurs était président d'une société créancière du failli. L'inspecteur n'était pas créancier à titre personnel. Le syndic a vendu les biens à la société créancière en question sans avoir obtenu l'approbation préalable du tribunal. Un autre soumissionnaire a pu obtenir l'annulation de la vente par le tribunal, au motif que la vente avait, en réalité, été consentie à cet inspecteur qui achetait pour le compte d'une autre personne, en contravention avec les dispositions de ce qui est maintenant l'article 94(11).

Même si l'inspecteur n'achète pas réellement des biens de la faillite, sa conduite ne doit pas être influencée par un intérêt vis-à-vis d'autres acheteurs dans la mesure où il s'oppose à celui des créanciers. S'il existe un intérêt de ce genre, il est de son devoir d'en faire part à tous les autres inspecteurs lorsqu'ils étudient une vente de biens, de telle sorte que leurs délibérations se déroulent en toute connaissance de cet état de fait. Dans l'affaire E.J. Callaghan Limitée (1932) 13 C.B.R. 356, le syndic n'avait reçu qu'une offre d'achat des créances du failli au prix de $650. La soumission avait été présentée par un prête-nom d'un des clients de l'avocat de la faillite. L'avocat de la faillite ne mentionna pas ce fait aux autres inspecteurs. Ils acceptèrent l'offre d'achat et donnèrent mandat à l'avocat de la faillite de rédiger les documents nécessaires. Cependant, à partir du moment où l'accord avait été obtenu, toutes les créances appartenaient à l'adjudicataire, et, avant que la cession de créances ait été officiellement signée, l'avocat de la faillite avait touché $1,000 sur les créances. Quelques temps après, au moment où le syndic était prêt à présenter ses comptes au tribunal pour la taxation,

il fut obligé de présenter une requête pour obliger l'avocat de la faillite à fournir certains documents dans ce but. Au cours de l'audition de cette requête, les relations entre l'avocat de la faillite et le soumissionnaire ont été découvertes. Une nouvelle assemblée des inspecteurs fut convoquée, au cours de laquelle tous les faits furent finalement dévoilés. Se fondant sur le fait qu'ils étaient en possession de tous les éléments d'information, les inspecteurs ratifièrent la vente. Le tribunal a jugé qu'en raison de leur dernière étude, les inspecteurs avaient approuvé la vente, après avoir eu connaissance de tous les faits relatifs aux relations existant entre le soumissionnaire et l'avocat de la faillite et que, de ce fait, la vente avait été faite de bonne foi; le tribunal a donné son approbation.

Dans l'affaire Dorfox Upholstering Company (1941) 22 C.B.R. 300, le tribunal a annulé une résolution des inspecteurs acceptant la plus basse de deux soumissions, lorsqu'il a été établi que la véritable raison de cette décision était que l'un des inspecteurs favorisait un de ses plus gros clients.

Dans l'affaire Fentiman (1926) 7 C.B.R. 355, un des inspecteurs était avocat du propriétaire du failli. Le propriétaire désirait acheter les biens du failli et déduire le montant de sa créance du prix de vente. Le montant de cette créance était contesté. Les inspecteurs ont autorisé la vente des biens au propriétaire. Le tribunal a annulé la vente des biens au propriétaire, jugeant que la décision des inspecteurs avait été viciée et qu'elle était, de ce fait, nulle et non avenue, en raison de la participation de l'avocat du propriétaire qui se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts. Le tribunal a déclaré que l'avocat "...se trouvait ainsi placé dans la double et inconfortable situation d'avocat du réclamant et d'inspecteur de la faillite; d'une part, il était tenu de rester dans les meilleurs termes possibles avec son client, mais, par ailleurs, son devoir était de maintenir la créance de son client dans les limites les plus étroites possibles et d'agir du mieux qu'il pouvait pour valoriser l'actif de la faillite. Il existait donc un conflit entre ses deux obligations, et dans ces conditions... il n'avait pas qualité pour agir comme arbitre, et, par suite, toute décision prise dans de telles conditions était nulle et non avenue".

L'obligation des inspecteurs est d'agir dans l'intérêt de tous les créanciers, et pas seulement en faveur de groupes particuliers de créanciers. Cela s'applique même lorsque les inspecteurs essayent d'épargner à un groupe particulier de créanciers des difficultés économiques particulièrement graves.

Dans l'affaire B. Ling & Sons Limitée (1940) 22 C.B.R. 63, les inspecteurs ont accepté une offre qui ne permettait de payer aucun des créanciers chirographaires au lieu d'une offre qui aurait permis de leur verser 4 cents par dollar. La seule raison donnée pour justifier cette décision était que les inspecteurs, tous citoyens de la ville où la société débitrice avait ses usines, craignaient que la fermeture des usines du débiteur, qui aurait eu lieu s'ils avaient accepté l'enchère la plus haute, ne causât de grands dommages à leur ville. Le tribunal a estimé qu'il n'existait pas de preuve sérieuse du bien-fondé d'une telle crainte et a annulé la vente.

Les cas qui se présentent dans l'affaire Niagara Glen Products Limitée (1950) 31 C.B.R. 6, 10 et 14 se rattachent à une question ayant une importance économique pour un groupe important de créanciers. Dans cette faillite, soixante pour cent du passif était dû à des producteurs de fruits du district où la société en faillite avait travaillé, et les quarante pour cent restant étaient répartis entre d'autres créanciers commerçants. Le bureau des inspecteurs reflétait cette division: trois d'entre eux représentaient les créanciers producteurs de fruits et les deux autres les créanciers commerçants. Le principal élément d'actif était une conserverie exploitée par la société en faillite.

Les trois inspecteurs représentant les producteurs de fruits désiraient accepter une offre de $20,000 présentée par un jeune homme d'affaires sans expérience de la conserverie. Les deux autres inspecteurs désiraient accepter une offre de $24,000 présentée par une personne ayant une longue expérience de la conserverie.

Les inspecteurs représentant les créanciers producteurs de fruits avaient adopté cette ligne de conduite parce qu'ils craignaient deux choses. Tout d'abord, le plus fort enchérisseur avait une exploitation agricole située à 15 milles de l'entreprise du failli et se proposait d'y construire une conserverie analogue. Il avait projeté d'acheter l'usine du failli, de la garder un an, puis de la revendre à la femme de l'un des directeurs de la société en faillite, qui avait déjà fait deux fois faillite en conserverie, les créanciers craignaient donc de connaître encore une troisième faillite de l'entreprise. En second lieu, le plus fort enchérisseur avait une exploitation agricole personnelle et il n'aurait pas acheté les fruits des créanciers producteurs de fruits. Par ailleurs, l'enchérisseur dont l'offre était plus basse aurait acheté aux producteurs de fruits, et de plus, il aurait rendu aux producteurs de fruits le service d'accepter des fruits frais pour les vendre, assurant ainsi aux producteurs un débouché à leurs fruits, s'ajoutant à la conserverie que l'enchérisseur le moins offrant se proposait de continuer à exploiter.

Puisque l'offre la plus forte devait apporter davantage à l'actif, le syndic n'était pas en faveur de la décision de la majorité des inspecteurs et il demanda des instructions au tribunal. Le tribunal a jugé, en page 8,

> "...on pourra constater que les raisons des trois inspecteurs (représentant les producteurs de fruits) sont, bien que non frauduleuses ni de mauvaise foi, différentes du seul souci de valoriser l'actif. Ils ont agi dans leur propre intérêt et dans l'intérêt des autres qui à l'avenir se trouveront dans la même situation, sans tenir compte de la liquidation par le syndic. Le but d'une vente, cependant, est d'obtenir les meilleurs résultats au bénéfice de l'ensemble des créanciers considérés solidairement et non en faveur d'un groupe quelconque..."

Pendant ce temps, l'enchérisseur le moins offrant avait proposé d'augmenter son offre pour égaler la plus haute enchère. Le tribunal ordonna au syndic de convoquer les inspecteurs dans les cinq jours

pour réétudier les offres ainsi que toute autre offre qui pourrait avoir été présentée entre temps, ajoutant que de nouvelles offres présentées par un quelconque des anciens enchérisseurs pourrait être admise jusqu'au moment de la réunion, invitant alors le syndic à adopter les décisions de la majorité des inspecteurs à ce sujet. Le syndic s'occupa d'informer officieusement chacun des enchérisseurs actuels qu'ils pouvaient présenter de nouvelles offres s'ils le jugeaient bon. Si les offres étaient à peu près équivalentes, le choix serait fait par les inspecteurs, mais si une offre demeurait nettement plus importante que les autres, par exemple de $1,000 ou plus, il appartiendrait alors au syndic et aux inspecteurs d'accepter l'offre la plus forte.

Le syndic tint une nouvelle réunion, mais les inspecteurs ne modifièrent pas leur attitude. Le syndic présenta une seconde requête sollicitant des instructions.

A cette nouvelle demande d'instructions, le tribunal jugea comme suit:

> "Dans ce cas, il n'y a pas fraude, mais c'est un cas où la majorité des inspecteurs agissent davantage dans leur propre intérêt que dans l'intérêt des créanciers qu'ils représentent, au lieu d'agir dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers qui ont le droit de garantir le paiement des dividendes les plus importants possible. Par suite, dans cette mesure...il y a mauvaise foi de la majorité des inspecteurs, du fait, en particulier qu'ils ne se conforment pas aux instructions formelles... du précédent jugement. Ils n'agissent pas au mieux des intérêts de l'ensemble des créanciers, mais avec le souci des intérêts propres de ceux qu'ils représentent. Alors qu'en réalité, en tant qu'inspecteurs, ils devraient représenter tous les intérêts en cause.
>
> "...bien qu'en règle générale, le tribunal doit laisser ces questions à la majorité des inspecteurs... ce cas est un de ceux qui exige l'intervention du tribunal en faveur de l'offre la plus élevée..."

La cour d'appel a confirmé cette décision, en déclarant:

> "...bien qu'un inspecteur ne fasse que son devoir en défendant les intérêts de la catégorie de créanciers qu'il représente, en s'assurant qu'aucun avantage indû n'est accordé lors de la liquidation et de la répartition du produit de la liquidation de l'actif du débiteur, c'est une toute autre chose lorsqu'un inspecteur use de sa situation pour obtenir un avantage pour sa propre catégorie de créanciers aux dépens de l'ensemble des créanciers..."

Lorsque la véritable question qui se pose entre la majorité des inspecteurs acceptant une offre plus basse et une minorité qui veut accepter une offre plus élevée, est l'acquisition par la majorité des inspecteurs d'un élément d'actif grâce à des prête-noms, la vente est annulée;

--- Dans l'affaire Atlantic Felt Inc: Goldsmith and Co Ltée c. Druker (1961) 3 C.B.R. n.s. 318.

Lorsque le syndic lui-même paraît avoir un intérêt dans la vente des biens, la vente est annulée. Ainsi, lorsqu'un contrat a été passé entre le syndic et un acheteur possible qui n'a pas précisé un prix donné pour les biens, mais a préféré le laisser fixer en fonction d'un certain pourcentage de l'ensemble des créances des créanciers chirographaires, après avoir pris des dispositions pour payer au syndic "une somme suffisante pour payer aux syndics tous les frais, honoraires et débours, ainsi que tous les honoraires et frais judiciaires engagés par le syndic", le tribunal a jugé que cet accord privait le tribunal de son droit de contrôle de la rémunération du syndic, et que le montant des sommes disponibles pour payer un dividende devait être fonction des sommes à payer au syndic, que de telles dispositions plaçaient le syndic dans une situation où son intérêt personnel se trouvait directement en conflit avec les intérêts des créanciers ordinaires - situation que la loi ne saurait tolérer;

--- Dans l'affaire Thompson Cadillac Mining Corporation (1943) 24 C.B.R. 270, aux pp. 275, 279.

VENTES A DES PERSONNES LIEES AU DEBITEUR

En 1966, les articles 3 et 4 traitant des personnes liées ont été ajoutés à la Loi sur la faillite, principalement dans le but d'empêcher les personnes liées au débiteur, soit d'acquérir des biens du débiteur, avant sa mise en faillite, au préjudice des créanciers, soit de participer à la répartition en présentant des créances exorbitantes sur la masse de la faillite et en influençant l'administration par le biais des voix accordées ordinairement à de telles créances, au préjudice de tous les autres créanciers.

Antérieurement à 1966, cependant, les tribunaux avaient pris eux-mêmes l'initiative, sans pouvoir invoquer aucune disposition législative définie en ce sens, de protéger avec soin la masse des créanciers contre les tentatives de la part des personnes liées au débiteur d'obtenir les biens du débiteur à des prix ridiculement bas lors de la réalisation, tentatives faites vraisemblablement dans le but de remettre au débiteur failli ces mêmes biens, pour lui permettre, après sa libération, de reprendre un commerce semblable, ou, s'il osait le faire, de continuer son commerce avec ces biens sous un autre nom pendant qu'il est en faillite. De telles ventes étaient annulées par le tribunal. Il en est encore ainsi aujourd'hui, probablement, bien qu'aucune disposition législative n'ait été jusqu'à ce jour adoptée pour résoudre cette situation particulière.

Dans l'arrêt de First Mortgage Co. c. Noud 1925 4 D.L.R. 221, les faits sont les suivants:

La compagnie demanderesse est contrôlée par l'épouse d'un failli. Le failli a une créance contre une autre personne, pour la somme de $16,000. Le syndic, avec l'approbation des inspecteurs, cède la créance à la compagnie demanderesse, pour la somme de $250. Le syndic a expliqué son action par la crainte de devoir payer les frais advenant l'échec de la réclamation. La conséquence de l'action, en supposant qu'elle eût réussi, aurait permis à l'épouse du failli, par l'entremise du contrôle qu'elle exerçait sur la compagnie demanderesse, d'entrer en possession de la créance, à l'encontre des créanciers. La compagnie demanderesse engagea une poursuite concernant cette créance. L'affaire fut classée, comme frauduleuse, la cour jugeant, à la page 222 de l'arrêt que "...(traduction) ce n'est pas une vente que les lois autorisent le syndic à conclure, fût-ce avec l'approbation des inspecteurs,

étant donné que c'est uniquement dans le cas où la compagnie récupère cet avoir que les créanciers pourraient obtenir une fraction seulement de la somme, alors qu'ils devraient en recevoir la totalité, et ceci suppose que la compagnie n'a pas distribué aussitôt aux actionnaires la somme entière recouvrée, spoliant ainsi frauduleusement les créanciers. S'il en était autrement, il est évident qu'un failli pourrait, par un tel procédé, rentrer en possession de son bien par l'action d'un syndic, soit à l'insu de celui-ci, soit en collusion avec lui. En d'autres termes, la loi n'autorise qu'une vente authentique, et non une vente manigancée ou spécieuse...".

Dans l'arrêt J.L. Jacobs & Company Limited (1941) 22 C.B.R. 208, le tribunal a approuvé, non sans une très grande réticence, une vente faite au président de la compagnie en faillite, à un prix concédé comme satisfaisant, de 50¢ pour un dollar, les biens vendus comprenant des vêtements d'hiver qu'il fallait vendre au tout début de la saison hivernale pour échapper à une baisse accentuée du prix.

Dans l'affaire Waterhouse: Imperial Bank of Canada c. Barber (1921) 1 C.B.R. 485, le président de la compagnie en faillite a tenté d'acheter par l'entremise d'un prête-nom; le tribunal a annulé la vente; on en donne à la page 487 l'explication suivante:

> "(traduction) il est très important que l'on comprenne que la Loi sur la faillite ne vise pas à procurer un moyen qui permettrait aux faillis ou aux administrateurs et aux actionnaires d'une société en faillite, de s'exonérer eux-mêmes de leur dette et de rentrer en possession de leur bien moyennant un prix qu'ils pourraient imposer à leurs créanciers. Il faut également ne pas oublier que dans les cas où les inspecteurs nommés doivent représenter de petites créances, il faudrait éviter soigneusement que les droits de ceux qui ont des intérêts plus considérables ne soient pas sacrifiés simplement à ceux du grand nombre des requérants".

Dans l'arrêt Minden's Limited: Ex parte Sapera Brothers Limited (1933) 14 C.B.R. 395, la majorité des voix des inspecteurs jouait pratiquement en faveur du débiteur, car les inspecteurs étaient des amis du principal actionnaire de la compagnie en faillite. L'épouse du débiteur fit une offre, et l'un des créanciers sollicita une ordonnance provisoire du tribunal pour empêcher l'acceptation et l'exécution de l'offre de l'épouse. Le tribunal accorda cette demande d'injonction, jugeant (P. 399)

> "(traduction) que, dans les circonstances qui existaient au moment de la première assemblée des inspecteurs, ceux-ci n'auraient pas dû consentir à l'offre soumise par (l'épouse du principal actionnaire de la compagnie en faillite). Ils ne pouvaient pas logiquement conclure qu'on leur avait enjoint d'agir ainsi à une assemblée des créanciers, puisque cette assemblée n'avait connu qu'une offre du débiteur. Ils savaient qu'ils avaient été choisis par des mandataires des Mindens; ils ont accepté les explications que leur donnait (le principal actionnaire), comme étant satisfaisantes pour les convaincre qu'un bien de $8,600 n'était pas un bien; ils savaient que toute vente faite aux Mindens irait à l'encontre des désirs d'un bon nombre de créanciers; ils savaient que (le principal actionnaire) avait offert 15¢ du dollar pour les créances, moins de deux semaines plus tôt; et, même si (la cour) absout (les inspecteurs) de toute intention de mal agir ..... et ..... si le syndic n'avait aucunement l'idée ni l'intention de favoriser les Mindens aux dépens de quelque créancier que ce soit, cependant, une vente à (l'épouse du principal actionnaire) à ce moment-là et dans ces circonstances ne pouvait être confirmée.....".

Dans l'arrêt Amca Mines Limited (1938) 20 C.B.R. 1, deux offres ont été faites. L'offre la plus élevée, comportant une différence de $500 seulement, était faite par un ex-président de la compagnie en faillite et ses associés, qui avaient déjà acculé (les inspecteurs le savaient) la compagnie à la faillite. Les inspecteurs acceptèrent donc l'offre la plus basse, et le tribunal confirma leur décision.

Dans l'arrêt Pretty Fashion Inc. (1951) 31 C.B.R. 217, les inspecteurs avaient vendu à un enchérisseur qui avait l'intention de continuer le commerce avec l'un des directeurs de la compagnie en faillite. Le tribunal a annulé la vente.

Dans l'affaire Davies Footwear Company: Underhills Limited c. Barber (1923) 4 C.B.R. 131, infirmant (1923) 3 C.B.R. 679, le syndic a vendu à un directeur des ventes de la compagnie en faillite, qui offrait 1¢ du dollar de plus qu'un enchérisseur indépendant; le tribunal a annulé la vente.

Dans l'arrêt Gonthier (1940) 22 C.B.R. 35, l'épouse du failli a retiré des fonds de l'actif du débiteur peu de temps avant que soit rendue l'ordonnance de séquestre. Elle a acheté les biens à l'aide de ces fonds. La cour a jugé qu'elle n'agissait qu'à titre de mandataire du failli, et a ordonné l'annulation de la vente, mais sans obligation pour le syndic de rembourser à l'épouse le prix de la vente, vu que le produit de la vente avait été indûment prélevé au départ sur les biens du débiteur.

Dans l'arrêt Goldberg (1927) 8 C.B.R. 463, le tribunal a déclaré qu'il aurait annulé une vente à l'épouse du failli en dépit du fait que son offre fût la plus élevée, car elle avait été soumise après une période de soumissions exceptionnellement brève, et a qualifié de "répréhensible" la conduite des syndics et des inspecteurs, mais il a renoncé à l'annulation à cause des frais additionnels impliqués. Cependant, même si le syndic a réussi à faire rejeter la demande d'annulation de la vente, il a été condamné aux dépens par le tribunal.

Dans l'affaire Blatt Ray Inc. (1940) 22 C.B.R. 32, le président de la compagnie débitrice avait antérieurement été en faillite et condamné pour une infraction à la Loi sur la faillite. Son épouse était vice-présidente de la compagnie faillie. Le président était lié à deux des cinq inspecteurs de la masse du failli, et entretenait des relations amicales avec un troisième inspecteur. L'épouse (la vice-présidente) a prêté de l'argent à son gendre pour acheter les biens de la compagnie en faillite. L'un des inspecteurs liés au président de la compagnie était l'avocat et du président et de son gendre. Le tribunal a annulé une vente conclue par les inspecteurs avec le gendre.

AUTRES PERSONNES NON AUTORISEES A ACHETER

En général, quiconque a affaire à l'administration de la faillite n'a pas le droit d'acheter l'actif.

Le syndic ne pourrait pas cumuler simultanément pour lui-même les rôles d'acheteur et de vendeur. D'autre part, si, effectivement, il désirait acheter, il devrait au moins obtenir une autorisation préalable du tribunal. En pareil cas, le tribunal exigerait qu'il s'agisse de circonstances très spéciales. Sans doute devrait-il également obtenir le consentement des créanciers.

La même interdiction s'étend à un associé, ou employé du syndic ou à un tiers, agissant en son nom. Selon un principe juridique, nul n'est autorisé à accomplir par voie indirecte ce qui lui est interdit de faire directement.

Les avocats du débiteur sont exclus, étant donné que, s'ils possèdent des renseignements sur la valeur des biens du débiteur, ils pourraient utiliser ces renseignements après la faillite et se trouver mieux placés que d'autres acheteurs éventuels.

VALIDITE DE LA VENTE SAUF IRREGULARITE PREJUDICIABLE

Le tribunal autorise une vente des biens d'une faillite lorsque cette vente, tout en n'avantageant pas les créanciers, permettrait de touver des fonds pour régler les frais de l'administration, et qu'on ne peut objecter qu'il y aurait préjudice pour les créanciers ou qu'ils retireraient un certain avantage ou une somme d'argent par suite de l'interdictionde la vente;

--- In re: Madison Tailored Clothes Ltd. (1954)
34 C.B.R. 143.

Lorsque le préjudice aux créanciers, résultant de la vente, n'est ni invoqué ni prouvé, les tribunaux autoriseront la confirmation de la vente;

--- Re Eagle Transport Limited (1969) 13 C.B.R. n.s. 102;

--- Re Pachal's Beverages Limited (1969) 13 C.B.R. n.s. 160, à la p. 163.

USAGES EN MATIERE DE REALISATION

Tous les principes sus-mentionnés s'appliquent à tous les types de ventes autorisées en vertu de l'article 14 (1)(a). Cependant, on peut mieux en évaluer la portée à la lumière des usages suivis pour chaque type de vente. Pour cette raison, nous entreprendrons, dans les pages qui suivent du présent mémoire, une étude des divers types de ventes et nous examinerons les divers usages suivis dans chaque cas, selon qu'ils reçoivent ou non l'approbation des tribunaux.

Pour plus de clarté, nous avons adopté l'ordre de présentation suivant:

(1) la vente privée;

(2) la vente par voie de soumission

(3) la vente aux enchères.

VENTE PRIVEE

INTRODUCTION

"La vente privée n'est à conseiller que lorsque l'actif ne fait pas l'objet de beaucoup d'offres sur le marché. Par exemple, s'il s'agit de biens immobiliers non mis en valeur, il est pratique de suivre la première méthode, la vente privée. Le syndic communique avec des agents immobiliers ou les propriétaires voisins pour savoir s'ils désirent acheter. A cet égard, le syndic vigilant peut faire beaucoup. Celui qui se contente de rester à son bureau et de s'occuper de la paperasse qu'entraîne l'administration de la masse du débiteur ne remplit pas ses fonctions de façon adéquate. S'il est vigilant et expérimenté, c'est lui qui peut obtenir l'offre la plus élevée pour une

partie ou la totalité de l'actif du débiteur. A cause de son expérience, des contacts qu'il a établis avec les acheteurs d'actif des masses précédentes, c'est lui qui est réellement qualifié pour trouver un acheteur. Néanmoins, la disposition de l'actif par vente privée n'est pas courante et assez rare;"

--- Philip Meyerovitch, c.r. The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets; Procedure (1956) 16 R. du B., à la p. 270.

VENTE PRIVEE - USAGES APPROUVES PAR LES TRIBUNAUX

---Vente privée approuvée - Créanciers satisfaits du prix

Habituellement, bien que la vente par voie d'adjudication et la vente aux enchères soient préférables à la vente privée pour rapporter le plus haut prix, néanmoins, si la vente privée rapporte un prix qui satisfait les inspecteurs et le syndic, elle sera approuvée.

Ainsi, dans l'arrêt Assaf et Dabous (1926) 7 C.B.R. 689, il y avait concurrence entre deux parties qui voulaient acheter l'actif. Dans ce cas, les inspecteurs et le syndic étaient convaincus qu'ils pouvaient obtenir un montant élevé et, par conséquent, ils n'ont pas annoncé de vente aux enchères, ni de vente par voie de soumission de la marchandise en magasin et des biens immobiliers. Le tribunal, rejetant une demande d'annulation de vente, juge que, dans les circonstances de l'espèce, la vente aux enchères ou par voie d'adjudication n'est pas nécessaire, et confirme la vente privée.

Dans l'arrêt J.L. Jacobs & Company Limited (1941) 22 C.B.R. 208, où la vente est faite au président de la compagnie débitrice dans des circonstances suspectes, mais où le demandeur, dans sa demande d'annulation de vente, a admis que le prix était satisfaisant, le tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire d'intervenir, et la vente est confirmée.

---Vente privée approuvée - Disposition d'urgence

Dans l'arrêt Jacobs, un autre motif du tribunal d'approuver la vente privée au président de la compagnie débitrice était qu'il fallait céder rapidement la marchandise, des vêtements d'hiver, afin d'éviter une baisse importante de leur prix à la fin de la saison qui approchait rapidement.

VENTE PRIVEE - USAGES DESAPPROUVES PAR LES TRIBUNAUX

---Vente privée désapprouvée - Aucun prix fixé

A ce sujet, la décision de l'arrêt Hyatt et Hart (1932) 13 C.B.R. 263, n'appelle aucun commentaire:

> "Dans cette affaire, le syndic vend l'actif, avec l'approbation des inspecteurs, à un acheteur qui accepte de payer, pour l'actif, une somme qui donne aux créanciers chirographaires un dividende de 25 cents au dollar, plus la rémunération et les dépenses du syndic, y compris les honoraires de l'avocat et d'autres créances prenant rang avant celles des créanciers chirographaires. La rémunération du syndic est fixée à un montant supérieur à celui qu'il recevrait normalement, dans les mêmes conditions."
>
> "... il est facile de critiquer cette façon de s'occuper de la masse d'un débiteur.
>
> "Cette méthode soulève plusieurs objections:
>
> (1) Le prix d'achat semble se fonder sur les créances des créanciers et non pas sur la valeur de la marchandise. Peut-être le bilan du débiteur indique-t-il des créances privilégiées.
>
> Habituellement, si une créance privilégié est rejetée pour quelque raison que ce soit, le bénéfice de ce rejet revient aux créanciers chirographaires. Dans une procédure comme la précédente, l'acheteur en obtiendrait l'entier bénéfice et le prix d'achat en serait réduit d'autant;
>
> (2) les rouages du tribunal de faillite seraient invoqués uniquement au bénéfice de l'acheteur, et...la loi ne prévoit pas que le juge et les officiers de justice doivent consacrer leur temps à aider l'acheteur à réduire le prix d'achat;

(3) l'accord fixant la rémunération du syndic enlève au tribunal son droit de la contrôler et, fréquemment, de controler ou de tarifier les honoraires de l'avocat qui sont également fixés, très souvent, au cours de ces transactions;

(4) à cause de la réduction des créances contestées, etc., le syndic et les inspecteurs peuvent, en fait, vendre l'actif du débiteur pour une somme inférieure à celle qu'ils devraient en réalité obtenir.

"...cet usage semble être apprécié par les créanciers; ils savent ce qu'ils recevront. Toutefois, ... les créanciers chirographaires ne peuvent voir très bien ce qui peut se produire contre leurs intérêts dans une faillite liquidée de cette façon. Il est bien possible que les inspecteurs, représentants des plus gros créanciers, représentent également des maisons de gros, plus intéressées à fournir un futur client qu'à obtenir la somme totale que peut rapporter la vente des biens disponibles à cette date.

"(Le tribunal) donne ces motifs par écrit afin d'avertir les syndics et les inspecteurs que ces transactions seront étudiées très attentivement par la suite, que si les officiers de justice nommés pour s'occuper des affaires de faillite se voient privés des pouvoirs et de la discrétion prévus par la Loi sur la faillite, le tribunal ne se considérera pas obligé d'accorder aux syndics leur libération, ni de leur rendre leur cautionnement ni également de s'occuper de créances lors d'une procédure de faillite lorsque ce genre de transaction bénéficiera non pas aux créanciers, mais uniquement à l'acheteur de l'actif...".

Une décision de la Cour suprême du Canada a également annulé une vente faite dans ces conditions:

--- In re Thompson Cadillac Mining Corporation (1943) 24 C.B.R. 270, aux pp. 275, 278, et 288;

Ces deux arrêts ont implicitement renversé le jugement de In re Jauvin (1921) 1 C.B.R. 428 qui avait approuvé ce type de vente.

---Vente privée désapprouvée - Contre-partie non monétaire

Dans l'arrêt Thompson Cadillac Mining, l'acheteur éventuel, après avoir prévu d'offrir au maximun $19,950 "à titre de somme suffisante" pour payer tous les frais, les honoraires et les dépenses des syndics, les droits judiciaires et les créances privilégiées ainsi qu'un montant supplémentaire indéterminé pour permettre aux syndics de verser un dividende comptant de 15 % sur les créances prouvées non privilégiées, proposa une autre contre-partie:

> "Il a été prévu également que (l'acheteur éventuel) devrait constituer en corporation... une nouvelle compagnie au capital social de 3 millions d'actions, d'un montant nominal de un dollar chacune. Les syndics devaient céder l'immeuble à la nouvelle compagnie en contre-partie de l'attribution et de l'émission de 2 millions d'actions du capital social à leur nom ou à celui de leurs représentants pour permettre aux syndics de les répartir de la façon suivante:
>
> (i) au prorata de deux actions par dollar de créances prouvées de tous les créanciers chirographaires de l'immeuble;
>
> (ii) au prorata d'une action par dizaine d'actions en circulation du capital social de la Thompson Cadillac Mining Corporation."*

Le premier jugement de la Cour d'appel du Québec contenait les conclusions suivantes, sur lesquelles la Cour suprême du Canada n'exprima pas d'opinion, ne les modifiant donc pas:

* "(page 275) Attendu qu'il est de la nature de contrat de vente que la contre-partie soit un prix en argent;

"Attendu que si l'on permet un relâchement de cette règle jusqu'à la contre-partie d'un contrat de vente, ce ne sera que lorsqu'une partie de cette contre-partie qui n'est pas de l'argent est simplement un accessoire ou un supplément du prix en argent;

* Traduction libre.

"Attendu que le prix en argent qu'accepte le syndic ne peut dépasser $20,000 alors qu'ils recevront, en plus, deux millions d'actions, à une valeur nominale d'un dollar chacune, d'une compagnie constituée avec un capital de 3 millions de dollars et que cette dernière contre-partie ne peut être considérée comme un accessoire ou un supplément au prix en argent et laisse douter de la vraie contre-partie; . . .

"(p. 277) . . . alors qu'en droit (québécois), et apparemment en Droit Commun, un prix en argent est un élément essentiel du contrat de vente, il peut ne pas toujours constituer la contre-partie totale. (Souligné par le tribunal) D'autre part,

... dans les cas de faillite, les exceptions à cette règle sont plus restreintes que dans les ventes ordinaires en raison de l'esprit et de l'objet de la Loi sur la faillite même. L'objet de la procédure de faillite est de permettre aux syndics de convertir l'actif afin d'en répartir le produit entre les créanciers sous forme de dividendes ou autrement et au prorata excepté lorsqu'il y a des priorités et des droits. Il y a exception lorsqu'il est impossible de vendre l'actif immédiatement ou de façon avantageuse."

---Vente privée désapprouvée - Proposition simulée de concordat aux créanciers

De plus, dans l'arrêt Thompson Cadillac Mining, le tribunal apprit qu'il s'agissait beaucoup plus d'une proposition de concordat que d'une vente, jugeant à la page 275:

"Attendu que les syndics, autorisés par les inspecteurs, n'ont d'autres pouvoirs que ceux que leur confère la Loi sur la faillite et que l'article 43(1) (maintenant article 14(1)) de la Loi sur la faillite leur donne simplement le droit de vendre et non pas de conclure un règlement ou un concordat;..."

Par conséquent, l'arrangement proposé par le syndic et les inspecteurs n'étaient pas en leur pouvoir. Le tribunal déclare également qu'il aurait fallu suivre la procédure prescrite pour les propositions par la Loi sur la faillite, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

ou la Loi sur les compagnies aux termes desquelles la compagnie en faillite avait été constituée.

---Vente privée désapprouvée - Participation des actionnaires aux dividendes

Encore dans l'arrêt Thompson Cadillac Mining, les deux millions d'actions du capital social émises aux syndics pour des dividendes devaient être réparties non seulement entre les créanciers chirographaires qui avaient prouvé leurs créances, mais aussi "au prorata d'une action par dizaine d'actions en circulation du capital social de la Thompson Cadillac Mining Corporation."

Sur ce point, le tribunal juge qui suit (p. 279):

> "De plus, il est impossible de trouver dans la loi une permission accordée aux syndics, avec le simple consentement des inspecteurs, de faire participer les actionnaires d'une compagnie insolvable à la répartition du produit de la vente de l'actif avant de payer les créanciers. Les actionnaires n'ont droit à ce surplus, s'il y en a un, qu'après le règlement complet des créances et des intérêts des créanciers. De quel droit les syndics et les inspecteurs passaient-ils un contrat au nom des actionnaires et quel droit avaient-ils de se mettre "des chances de côté en cas de découverte" pour eux, les créanciers et les actionnaires.

VENTE PAR VOIE DE SOUMISSION

INTRODUCTION

Philip Meyerovitch, dans The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets: Procedure (1956), 16 Revue du Barreau 264, p. 270, décrit la vente par adjudication dans les termes que voici:

"Une méthode plus normale que la vente privée et la méthode la plus souvent employée, c'est la vente par voie de soumission. Par une annonce détaillée, le syndic sollicite des offres par lot. Une caractéristique de la plupart de ces annonces, publiées dans les journaux, c'est que la signature et l'adresse du bureau du syndic y occupent une place assez considérable. Une clause très importante insérée dans l'annonce porte que

> "Le syndic se réserve le droit de rejeter l'offre la plus élevée, de même que les autres offres."

"L'annonce paraît une ou deux fois et fixe le jour de l'inspection de l'actif, ainsi que le jour et l'heure de réception des offres; peu après se réunit la seconde assemblée des inspecteurs pour examiner les offres et en décider conformément à la loi. Les inspecteurs présents à l'assemblée constatent que certaines offres sont décachetées, d'autres scellées selon l'usage; d'autres encore, provenant de soumissionnaires soupçonneux, portent d'épais sceaux de cire, afin que personne ne s'assure de la teneur de l'offre ni ne la communique aux autres intéressés et à d'éventuels offrants. Les offres sont décachetées; c'est ordinairement la plus élevée qui est acceptée.

"Mais il faut vous souvenir qu'à ce point, les inspecteurs représentent des créanciers qui sont mal disposés envers le débiteur. Et lorsque c'est une société qui est débitrice, ses directeurs s'intéressent souvent à racheter l'actif, à constituer une nouvelle société et poursuivre l'exploitation, s'ils le peuvent. Ils n'osent présenter les offres en leur nom, aussi chargent-ils souvent quelqu'un de le faire à leur place. Les inspecteurs, qui à tort ou à raison soupçonnent que la fraude a plus de part que l'incompétence à la faillite, ne veulent pas livrer l'actif au mandataire du débiteur ou d'un dirigeant d'une société débitrice. En pareille circonstance, les inspecteurs acceptent une offre inférieure à la plus élevée afin d'assurer que l'actif soit transmis à un marchand de bonne foi plutôt qu'à un agent de la société débitrice."

C'est maintenant la règle de faillite 109, promulguée par le décret C.P. 1973-710, du 27 mars 1973, DORS/73-169, Gazette du Canada, 11 avril 1973, partie II, volume 107, qui prescrit la procédure à suivre touchant la vente par voie de soumission, elle étend et élargit à certains égards, en lui donnant force de loi, la portée du Bulletin aux syndics no 12, distribué le 6 mai 1970 par le surintendant des faillites.

La nouvelle règle aidera sans doute à réprimer certains abus. Toutefois de la façon dont elle a été rédigée elle peut en provoquer d'autres qui auront une influence sur la réalisation de l'actif au détriment de la masse des créanciers. Quelques modifications à cette nouvelle règle 109 s'imposent.

Afin que le lecteur comprenne mieux la règle de faillite 109, nous commencerons, dans la présente étude; par exposer les usages qui se sont établis dans la vente par voie de soumissions. Il sera ensuite beaucoup plus facile d'expliquer les motifs de la règle.

VENTES PAR VOIE DE SOUMISSIONS - USAGES APPROUVES PAR LES TRIBUNAUX

--- Approbation de la vente par voie de soumission - Justification de la clause de réserve permettant le rejet d'offres

Il est parfaitement légitime d'appliquer la clause de réserve des appels d'offres qui stipule que "le syndic se réserve le droit de rejeter l'offre la plus élevée, de même que les autres offres", de la manière que propose Me Meyerovitch dans l'article que nous avons cité plus haut, c'est-à-dire pour empêcher que l'actif ne soit indirectement revendu au débiteur ou aux dirigeants de la société faillie.

La clause d'exception peut légitimement servir à plusieurs autres usages.

Si l'appel d'offres pose certaines conditions à celles-ci, la clause d'exception peut être invoquée pour rejeter les offres qui ne sont pas conformes à ces conditions.

Ainsi, dans l'affaire Ayotte et Frères Inc. (1973) C.S. 551, l'appel d'offres réservait expressément le droit de rejeter toutes les offres et posait aussi la condition que toutes les taxes percevables sur le produit de la vente de l'actif étaient à la charge de l'acheteur, en sus du prix d'achat. Des douze offres reçues, la plus élevée se chiffrait à $32,500, y compris les taxes fédérales, ce qui laissait une valeur nette de $29,000 pour la masse. D'autre part, un encanteur qui n'avait pas fait d'offres s'est contenté d'offrir ses services. Par la suite, le syndic a négocié avec lui un prix net garanti de $35,000, impôts fédéraux exclus. Le tribunal a approuvé les inspecteurs et le syndic d'avoir refusé les douze offres, y compris la plus élevée qui n'était pas conforme aux stipulations de l'appel d'offres, et d'avoir accepté une offre qui ne figurait pas parmi les réponses à l'appel, mais était conforme à celui-ci, car le montant offert ne comprenait pas la taxe de vente fédérale.

Il se peut que la clause d'exception soit nécessaire pour la protection du syndic, lorsque le bien offert en vente est assorti de restrictions dont le syndic est obligé de tenir compte et qui peuvent gêner ses efforts et ceux des inspecteurs pour réaliser l'actif.

Dans l'affaire Lake Shore Motors Inc.: Asselin c. Geoffrion (1955) 35 C.B.R. 92, le syndic, dans son appel d'offres, se réservait le droit de rejeter les offres, la plus élevée comme les autres, mais oubliait de mentionner qu'avant

la faillite, le débiteur avait accordé à un tiers un droit de préemption comportant pour ce tiers l'option d'acheter la propriété au prix acceptable par le débiteur, option valable 60 jours. Les inspecteurs ont décidé d'accepter l'offre du plus gros offrant, à condition que l'optant n'exerçât point son droit de préemption dans un certain délai. Avant l'expiration du délai, l'optant a informé le syndic de son désir d'exercer son droit au prix du plus offrant. Le syndic a ensuite vendu la propriété à l'optant. Le plus offrant a attaqué la vente, mais le tribunal l'a confirmée, en faisant observer que le débiteur avait accordé le droit de préemption longtemps avant la faillite, et que donc ce droit devait être respecté. Le tribunal précise en outre (page 95 des C.B.R.): (traduction)

> "... Aucune allégation ni preuve n'a été présentée pour attaquer l'intégrité (des inspecteurs et des syndics). On ne peut prétendre qu'ils aient agi incorrectement ou frauduleusement en reconnaissant le droit de préemption de l'intervenant (l'"optant") au prix du plus offrant, et en prévenant le requérant (le plus offrant) que son offre n'était acceptée que si l'intervenant n'exerçait pas le droit auquel prétendait ce dernier...".

Le plus offrant prétendait que le syndic n'avait pas le droit d'accepter l'offre sous réserve d'une condition qui n'était pas mentionnée dans l'avis public de vente, mais le tribunal a rejeté cette objection comme mal fondée. Il déclare (page 96 du recueil de jurisprudence cité): (traduction)

> "Le syndic, s'étant expressément réservé le droit de refuser l'offre la plus élevée de même que toutes les autres, était libre de refuser toutes les offres ou d'en accepter une quelconque, sous les réserves qu'il voulait. La situation du requérant à la suite de l'acceptation conditionnelle de son offre n'est sûrement pas pire que si son offre avait été rejetée sans aucun motif. Le fait que le syndic, au lieu d'opposer à l'offre un refus pur et simple, l'ait acceptée conditionnellement témoigne plutôt de son intention de traiter le requérant équitablement..."

Le tribunal expose encore (p. 97 du recueil, cité): (traduction)

> "... Il ne s'agit pas du cas où un membre de l'entreprise est favorisé au détriment d'un acheteur désintéressé qui a pris la peine de présenter

une offre très sérieuse et considérable pour l'achat de l'actif en question. On ne saurait non plus prétendre que l'appel d'offres public n'ait été qu'un trompe-l'oeil ou une duperie. Si l'intervenant n'avait pas exercé son option, il est certain que le requérant, conformément aux termes de l'acceptation, aurait reçu, de la masse, un engagement valable lui permettant de devenir acheteur de la propriété. Le requérant ne saurait donc se prévaloir de ce chef..."

De même, il est permis d'exclure les offres conditionnelles, ou les offres d'exécution difficile, même si ce sont les plus élevées.

--- Approbation de la vente par voie de soumissions - Acceptation d'une offre ferme de préférence à une offre conditionnelle plus elevée

Afin de hâter l'administration des biens de la masse, on admet que le syndic et les inspecteurs acceptent une offre ferme qui témoigne de l'intention sérieuse de conclure l'achat, de préférence à l'offre qui n'est pas conforme aux conditions de l'appel ou pose des conditions qui prolongeraient ou rendraient plus difficile l'administration de la faillite. Ceci vaut même si le prix de vente n'est pas le plus élevé possible:

--- affaire Fero (1958) 37 C.B.R. 179.

Aussi, dans l'affaire Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 C.B.R. (nouvelle série) 158, le tribunal a-t-il confirmé la vente négociée par un syndic dans les circonstances suivantes:

(1) La plus basse de deux offres reçues pour l'achat d'une propriété foncière estimée à $290,000 était de $275,000; elle était accompagnée d'un acompte de $25,000 et prévoyait une première hypothèque sur la propriété et le paiement comptant du solde du prix offert.

(2) La plus élevée des deux offres était faite sous réserve d'un emprunt de $224,000 et d'une hypothèque en garantie de cet emprunt; elle ne s'accompagnait d'aucun acompte, et l'offrant voulait soustraire du prix de vente le momtant de ce qu'il prétendait être une créance privilégiée de salarié, dont le

syndic contestait la validité.

Le syndic a accepté l'offre la plus basse. En accordant l'autorisation de vendre demandée par le syndic, malgré l'opposition des inspecteurs, le tribunal a jugé qu'aucune offre comparable n'ayant été reçue dans les deux mois précédents et le moins offrant ayant proposé la même offre en réponse à trois appels, les inspecteurs agissaient contrairement aux intérêts de la masse en s'opposant à la vente et en prolongeant l'administration.

--- Approbation de la vente par voie de soumission - Acceptation d'un prix "raisonnable"

Dans l'affaire Dufour c. Dufour (1955) R.L. (nouvelle série) 35, le débiteur a demandé au tribunal d'annuler une résolution des inspecteurs autorisant le syndic à vendre un tracteur et une charrue au prix de $400; il alléguait que ces machines valaient plus que $400, qu'un acheteur éventuel en avait même offert $750. Le tribunal a constaté que dans les trois ans écoulés depuis la déclaration de faillite, le syndic et les inspecteurs avaient reçu une offre de $750, à laquelle son auteur n'avait pas donné suite, après avoir examiné le tracteur; que le syndic avait été obligé de vendre la charrue $50 seulement parce qu'elle n'était utilisable qu'avec le tracteur, et que sans tracteur, le syndic ne pouvait lui trouver preneur. Le tribunal a donc jugé que même si tracteur et charrue valaient plus que $450, le syndic les avait vendus au meilleur prix qu'il fût possible d'obtenir dans les circonstances.

Dans l'affaire Ayotte et Frères (1973) C.S. 551, la plus élevée des douze offres aurait rapporté $29,000 à la masse. Le syndic, avec l'autorisation donnée par les inspecteurs dans une résolution qui rejetait les douze offres, a traité avec un encanteur qui n'avait pas présenté d'offres, mais proposait simplement ses services. Cet encanteur offrait un prix net minimum de $35,000, qu'ont accepté le syndic et les inspecteurs. Le tribunal a ratifié leur décision, à cause de l'avantage évident pour la masse.

VENTES PAR VOIE DE SOUMISSIONS - USAGES DESAPPROUVES PAR LES TRIBUNAUX

---Vente par voie de soumission désapprouvées - Soumissions de dernière minute ou marchandage des soumissions

Marchander des soumissions, c'est ouvrir d'abord les soumissions pour connaître la soumission la plus élevée et tenter ensuite d'obtenir une soumission plus élevée, peu importe de combien, sans donner à tous les soumissionnaires le droit de refaire leur soumission.

Dans l'affaire H. Packer & Son Limited (1936) 17 C.B.R. 207, à la p. 208, le tribunal a énoncé, de façon succincte, les conséquences nuisibles de cet usage sur l'administration des faillites:

> "...(traduction) Il existe actuellement des entreprises qui se spécialisent dans l'achat d'actif de faillite pour ensuite permettre aux membres de la société faillie de profiter de leurs connaissances et de soumettre une offre plus élevée de quelques dollars que la soumission la plus élevée. Il s'agit d'une pratique frauduleuse qui aurait pour conséquence, si on la laissait exister, de décourager les soumissions des personnes extérieures à l'affaire et d'empêcher l'obtention du prix favorable. A ce titre, on ne peut pas l'autoriser."

En conséquence, les tribunaux ont fréquemment et vigoureusement condamné cette pratique.

Dans l'arrêt Pretty Fashion Inc: (1951) 31 C.B.R. 217, à la p. 218, le tribunal déclare:

> "(traduction) ...L'usage qui consiste à permettre à un soumissionnaire d'augmenter sa soumission à la demande des inspecteurs après étude de toutes les soumissions, en plus d'être injuste, constitue une partie malicieuse et dangereuse qui pourrait, à la longue, décourager les soumissionnaires."

Dans l'arrêt non publié Loyal Plumbing & Heating Supply Ltd. and Bissel and Bissell Ltd., auquel on fait allusion dans Ashcroft Steel Co Ltd. (1962) 5 C.B.R. 239, à la p. 248, le tribunal déclare:

> "(traduction Le fait de permettre une modification d'une soumission entre les assemblées sans donner la même occasion aux autres soumissionnaires constitue une pratique des plus repréhensibles. Si le tribunal devait sanctionner une telle pratique, il ouvrirait la porte à tous les genres d'abus qui ne pourraient conduire qu'à la fraude et

et à la mauvaise foi".

Dans l'affaire Masson et Masson: Gingras c. Patry (1972) C.S. 634, le syndic avait reçu deux soumissions pour des biens immobiliers appartenant au débiteur, mais la soumission la plus élevée stipulait qu'une commission de cinq pour cent devrait être déduite pour payer le courtier en valeurs immobilières qui servait d'intermédiaire à l'acheteur. Cette déduction de 5 % avait pour effet de rendre cette soumission moins élevée que l'autre. Le syndic voulait donc accepter l'autre soumission qui ne contenait pas cette condition et constituait, de ce fait, la soumission la plus élevée. En apprenant cela, le courtier écrivit au syndic pour lui dire qu'il était prêt à supprimer la commission de 5 % qui avait pour effet de rendre sa soumission la plus élevée des deux. Lorsque le syndic s'est présenté devant le tribunal pour obtenir l'autorisation de vendre, le tribunal a déclaré que le syndic ne devait pas tenir compte de cette lettre et ajoutait, à la page 635:

> "(traduction)... Cette manipulation des soumissions après leur ouverture est totalement inadmissible. En tout cas, les soumissions doivent demeurer honnêtes pour tous les intéressés. Agir autrement équivaudrait à détruire le système des soumissions qui est nécessaire au système économique dans lequel nous vivons".

---Vente par voie de soumissions désapprouvées - Utilisation irrégulières de la clause de réserve permettant le rejet des offres

Comme on l'a constamment répété dans cette étude, il est parfaitement légitime d'insérer dans l'appel d'offres une clause précisant que "le syndic se réserve le droit de rejeter l'offre la plus élevée, de même que les autres offres". Cette clause peut même jouer un rôle important pour empêcher que l'actif soit automatiquement vendu au plus haut soumissionnaire.

Cependant, à cause de sa formulation générale, cette réserve permet aux inspecteurs, s'ils sont amis du failli ou des dirigeant de la société mise en faillite, d'autoriser une vente à leurs prête-noms. Il arrive souvent que ces prête-noms n'ont pas soumis l'offre la plus élevée et les inspecteurs écartent cette dernière, en se fondant sur la clause d'exception, pour adjuger la vente à une soumission plus basse. Les tribunaux ont constamment condamné ces procédés. La clause de réserve ne donne pas carte blanche; elle ne dispense

pas les inspecteurs de leur obligation d'agir de bonne foi en qualité de représentants de la masse des créanciers d'un failli, comme elle ne dispense pas le syndic de son obligation de demeurer impartial et de contester les manoeuvres des inspecteurs s'il pense qu'elles ne donneront pas le meilleur rendement aux créanciers;

---In re Niagara Glen Products Limited (1950) 31 C.B.R., à la p. 14, confirmant 31 C.B.R., à la p. 10.

Dans l'affaire Blatt Ray Inc. (1940) 22 C.B.R., à la p. 32, le tribunal a refusé d'autoriser les inspecteurs à se fonder sur la clause de réserve pour rejeter la soumission la plus élevée en faveur d'une offre moins élevée soumise par le gendre du président de la société en faillite, qui devait acquitter le montant avec de l'argent qui lui était fourni par la femme du président, qui étiat également vice-présidente de la société, alors que la majorité des inspecteurs étaient des parents ou amis du président. Le tribunal déclare, à la p. 34:

> "(traduction) Considérant que, même si le syndic et les inspecteurs ne sont pas tenus d'accepter l'offre la plus élevée, celle-ci ne devrait pas être rejetée pour favoriser le débiteur, sa parenté ou un membre de la société qui peuvent profiter de leur connaissance des soumissions antérieures. A moins qu'il n'y ait de bonnes raisons de croire qu'elle n'est pas raisonnable, la soumission la plus élevée devrait être acceptée, car, si cette pratique se généralisait quelque peu, les personnes extérieures ne seraient plus intéressées à soumettre des offres et l'ensemble des créanciers y perdraient parce que, vu l'absence de soumissions extérieures, le débiteur ou quelques membres de l'affaire pourrait acheter l'actif à bas prix."

Les tribunaux ne permettent pas aux inspecteurs de se servir de la clause de réserve pour favoriser leurs propres intérêts aux dépens de ceux de la masse des créanciers qu'ils représentent.

L'affaire Atlantic Felt Inc: Goldsmith and Co. Ltd. c. Druker et autres (1961) 3 C.B.R. n.s. à la p. 318 a été jugée selon les dispositions de la Loi sur les liquidations qui ressemblent beaucoup, en pratique, aux articles 14(1)(a) et 19 de la Loi sur la faillite. Voici les faits.

Plusieurs semaines avant le début de la procédure de liquidation de la société, B, M et R détenaient chacun un tiers des actions. B vend ses actions à M, ce qui fait de celui-ci le propriétaire des deux tiers des actions alors que R continue à détenir l'autre tiers.

M présente alors une requête pour obtenir une ordonnance de liquidation de la société. B, créancier de la société pour un montant de $40,000., et R deviennent deux des cinq inspecteurs nommés dans le cadre de la procédure de liquidation. On a établi qu'ils contrôlaient les pouvoirs de deux des autres inspecteurs. Par personnes interposées, B et R soumettent deux offres sur l'outillage de la société. M, par l'entremise d'un dénommé Goldsmith, soumet l'offre la plus élevée. Les inspecteurs refusent cette offre et accordent l'actif aux agents de B et de R en se fondant sur la clause de réserve incluse dans l'appel d'offres. Mais le tribunal a adjugé la vente de l'actif à l'auteur de l'offre la plus élevée, Goldsmith, en jugeant que les inspecteurs avaient agi dans leur propre intérêt plutôt que dans l'intérêt des créanciers et que la réserve incluse dans l'appel d'offres n'autorise pas un tel procédé.

De plus, les tribunaux ne permettent pas aux inspecteurs, ni au syndic de marchander des offres plus avantageuses en se fondant sur la clause de réserve:

---Re Alasco Supply Co: Kisber c. Friefeld and Gorin (1965) 8 C.B.R. n.s., à la p. 188.

--- Vente par voie de soumissions désapprouvée -- Acceptation d'une offre non conforme à l'appel d'offres

Alors que les tribunaux permettent au syndic de rejeter une offre qui n'est pas conforme aux conditions énoncées dans l'appel d'offres, ils ne permettent pas au syndic de l'accepter de préférence à d'autres offres qui sont conformes aux conditions de l'appel d'offres. La clause de

réserve ("le syndic se réserve le droit de rejeter la soumission la plus élevée de même que les autres offres") n'autorise pas le syndic ni les inspecteurs à déroger aux conditions qu'ils ont eux-mêmes stipulées.

Dans une cause de In re: L.W.L. Associates Limited (1972) la Cour, sur la requête pour directives présentée par le syndic a décidé que la plus haute soumission ne devait pas être acceptée parce que le dépôt l'accompagnant n'était pas un chèque visé tel que requis par l'avis de vente par voie de soumission.

---Vente par voie de soumissions désapprouvée -- Brièveté du délai pour soumissionner

Dans l'affaire Goldberg (1927) 8 C.B.R., à la p. 463, l'avis de l'appel d'offres n'accordait qu'une journée et demie, soit environ 12 à 15 heures d'affaires, pour soumettre des offres en vue d'acheter l'actif. Seules deux offres furent reçues, l'une de la part de l'épouse du failli et l'autre qui était légèrement inférieure à celle de l'épouse du failli. Les inspecteurs ont tenté de vendre rapidement l'actif à l'épouse du failli, même si rien ne justifiait cette hâte, étant donné que les marchandises n'étaient pas périssables. Le tribunal s'est montré quelque peu réticent à imposer des dépenses additionnelles et peut-être d'autres poursuites judiciaires à la masse, parce que les biens avaient été revendus. Mais le tribunal a néanmoins déclaré que, même si la preuve n'établissait pas une fraude réelle, la méthode adoptée par le syndic et les inspecteurs pour aliéner les marchandises au profit de l'épouse du failli était, dans les circonstances décrites, "condamnable". En conséquence, tout en confirmant à regret la vente, le tribunal privait le syndic de tous ses honoraires sur l'affaire afin de le pénaliser pour sa conduite.

---Vente par voie de soumissions désapprouvée - Soumission sans prix fixe

En accord avec l'opinion qu'il est préférable d'accepter une offre ferme plutôt qu'une offre conditionnelle, et avec le jugement rendu dans l'affaire Hyatt et Hart (1932) 13 C.B.R. 263, selon lequel une offre de tant de cents au dollar, établie sur la valeur de la créance du créancier, plutôt que sur un chiffre définitif exprimé en dollars et établi sur la valeur de l'actif, devrait être soigneusement étudiée, il a été jugé qu'une offre

incertaine soumise de cette façon avait été refusée à bon droit par les inspecteurs.

Dans l'affaire Minden's Limited: Ex parte Sapera Brothers Limited (1933) 14 C.B.R. 395.

---Vente par voie de soumission désapprouvée - Présentation de soumissions par l'entremise d'inspecteurs

En vertu de l'article 94(11), les inspecteurs n'ont pas le droit d'acquérir quelque bien que ce soit de la masse de la faillite qu'ils ont l'obligation de surveiller en vertu de leur mandat, que ce soit directement ou indirectement, pour eux-mêmes ou pour d'autres, à moins qu'ils n'aient reçu du tribunal l'autorisation préalable de vendre.

Même lorsque l'inspecteur n'est pas effectivement acheteur et qu'il remet simplement la soumission au syndic et aux autres inspecteurs pour qu'ils l'étudient, ceci n'ayant rien à voir avec l'interdiction de l'article 94(11), néanmoins, les tribunaux n'approuvent pas cet usage non plus et préfèrent que les soumissions parviennent au syndic sans passer de quelque façon que ce soit par les inspecteurs.

Dans l'affaire Compads Limited: Dumas c. MacLean (1943) 25 C.B.R. 31, les inspecteurs ont déposé les offres qui leur avaient été soumises en réponse à un appel d'offres, et, quelque temps plus tard, l'un d'eux a reçu une autre soumission considérablement plus élevée que les précédentes. Le syndic a demandé au tribunal d'accepter la soumission la plus élevée parmi celles du premier groupe reçu. Le tribunal a accédé à la demande, écartant la tentative des inspecteurs de faire accepter la plus forte offre ultérieure après avoir constaté qu'elle n'avait été reçue qu'après que les autres offres eurent été ouvertes et portées à la connaissance du public et qu'"il serait injuste et déraisonnable de permettre à certains actionnnaires et inspecteurs de tirer profit de renseignements au détriment des soumissionnaires de bonne foi."

VENTE PAR VOIE DE SOUMISSION - PROCEDURE APPROPRIEE QUAND AUCUNE DES OFFRES N'EST SATISFAISANTE

Autrefois, les tribunaux ont souvent soutenu que si le syndic et les inspecteurs estimaient que des offres plus élevées pourraient être obtenues et, lorsque le temps le permettait, ils devaient rejeter toutes les offres et faire un nouvel appel d'offres, donnant à chacun l'occasion de présenter une offre, plus particulièrement aux soumissionnaires antérieurs:

> Dans l'affaire Minden Limited: Ex parte Sapera Brothers Limited (1933) 14 C.B.R. 395, à la p. 399;
>
> Affaire Compads Limited: Dumas c. MacLean (1943) 25 C.B.R. 31, à la p. 33;
>
> Dans l'affaire Niagara Glen Products Limited (1950) 31 C.B.R. 6, 10 et 14;
>
> Jugement non publié de l'affaire Berger and Sons Ltd: Grobstein c. Goldsmith and Co. Ltd, auquel on renvoie dans l'affaire Atlantic Felt Inc: Goldsmith and Co. Ltd. c. Druker (1961) 3 C.B.R. n.s. 318, à la p. 325;
>
> Dans l'affaire Ashcroft Steel Co. Ltd: Bissell & Bissell Ltd. c. Friefeld (1962) 5 C.B.R. n.s. 239, aux p. 244 et 251.
>
> Affaire Alasco Supply Co: Kisber c. Frielfeld and Gorin (1965) 8 C.B.R. n.s. 188, à la p. 199;
>
> Cependant, dans les années récentes, les tribunaux ont réalisé que les inspecteurs et le syndic devaient posséder plus de latitude dans le but de maximiser la réalisation. En autant qu'ils agissent de bonne foi et en hommes d'affaires avertis, ils peuvent très bien décider, dans une situation précise, de rejeter toutes les soumissions et procéder à une vente privée ou à une vente par encan, dans le but de protéger l'intérêt de la masse des créanciers, c'est-à-dire la plus haute réalisation au coût le plus bas.

VOIR: AYOTTE & FRERES INC (1973) C.S. 551 cité antérieurement

VOIR: SOUND SCOPE CENTER INC. (1973) (non rapporté)

Dans ce cas, l'encanteur requérant, soit le plus haut soumissionnaire, a prétendu que dès que les inspecteurs et le syndic avait opté initialement de vendre les actifs par voie de soumission, qu'ils étaient tenus de publier une nouvelle demande de soumission par suite du rejet de toutes les soumissions. Le Tribunal a refusé de reconnaître cet argument, et a rejeté la requête.

VENTE AUX ENCHERES

Phillip Meyerovitch, c.r., The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets; Procedure (1966) 16 R. du B. 264, à la p. 271, décrit la vente aux enchères en ces termes:

> ".....Il s'est formé dans cette collectivité (Montréal) et ailleurs, un groupe de commerçants qui se spécialisent dans l'achat des biens de faillis. Ce sont des encanteurs, des revendeurs, des gens qui réalisent des profits rapides en achetant les biens en bloc du syndic, en les accumulant et en les revendant. Le syndic et les inspecteurs encouragent ce groupe particulier parce que la concurrence qu'il suscite fait monter les offres et plus le groupe est important, plus le prix d'une certaine masse de biens est élevé.
>
> "Il arrive souvent que lorsqu'ils reçoivent les soumissions, les inspecteurs n'en acceptent aucune s'ils croient que le montant de l'offre la plus élevée n'est pas suffisant; ils remettent alors les biens en vente ou communiquent avec un encanteur et lui tiennent le discours suivant: "Nous avons reçu des soumissions dont la plus haute s'élève à X dollars; pourriez-vous vendre ces biens aux enchères, sous réserve d'une garantie d'un montant minimal de X dollars, soit le montant de la plus haute soumission pour ces biens." Et très souvent, le montant en cause intéresse l'encanteur au point qu'il accepte la proposition.

"En fait, même quand les biens ne sont pas vendus aux enchères, on trouve souvent un encanteur qui, de lui-même, fait une offre fixe pour les biens et, par la suite, soumet une autre offre pour les vendre aux enchères, garantissant au syndic un montant net minimal sur la somme réalisée. L'un des avantages d'une vente aux enchères consiste en ce qu'elle ne présente aucune urgence quant au temps. Si, par exemple, un fourreur failli fait cession de ses biens à une période de l'année hors saison pour le commerce de la fourrure, le stock est confié à un encanteur qui le garde chez lui en bon état jusqu'au moment de l'année où la vente sera rentable. Non seulement le fait-il, mais il peut accumuler deux, trois ou même une demi-douzaine de stocks, et en les groupant, créer un assortiment beaucoup plus intéressant, ce qui lui permet d'obtenir pour chaque stock un prix beaucoup plus élevé qu'il n'aurait pu réaliser autrement. Un autre avantage de la vente aux enchères consiste à s'assurer que le débiteur ou ses représentants ne rachèteront pas le stock. Dans une vente aux enchères, le stock est vendu pièce par pièce, lot par lot, qu'il s'agisse de l'usine, des machines ou de la marchandise, et le débiteur a beaucoup moins de chances de racheter la totalité des biens mis à l'enchère.

Les règles de l'enchère sont très simples, c'est-à-dire que les offres sont faites successivement plutôt que simultanément, comme dans le cas d'une vente par voie de soumission où la dernière offre la plus élevée est acceptée.

Si l'on en juge par les observations de Me Meyerovitch, la vente aux enchères a ses avantages dans certaines situations. Dans tous ces cas, cependant, le syndic serait bien avisé d'obtenir une garantie minimum de l'encanteur.

Le syndic se rappellera que la commission et les frais de l'encanteur devront naturellement être retenus avant la remise du produit de la vente au syndic, qui en fait la distribution. Alors que l'encanteur a certainement droit à une commission raisonnable en plus d'une somme raisonnable pour les frais qu'il a engagés, le syndic doit prendre le soin de s'assurer que la commission et les frais demeurent dans des limites raisonnables, se souvenant que sa première obligation, quand il engage un encanteur, est de remettre le produit de la vente aux créanciers et qu'il doit protéger leurs intérêts de préférence à ceux de l'encanteur. Le Surintendant des faillites et le greffier de la Cour à qui doit être transmis, pour commentaires (article 123(4) et

Taxation (article 123(5)), le relevé définitif des recettes et des déboursés (formule 54) préparé par le syndic, peuvent avoir leur mot à dire quant à la fixation du montant de la commission et des frais, étant donné que ce renseignement fait l'object du poste 13 de la formule 54.

NOUVELLE REGLE 109

---Introduction

Le 11 Avril 1973, un décret a promulgué la règle de faillite 109, qui régit les ventes par adjudication.

Dans la présente étude, nous exposons succinctement la procédure, et nous expliquons, en tenant compte du rejet de certains usages par les tribunaux, les motifs des dispositions de la nouvelle règle.

---Teneur de l'avis

Voici les renseignements que doit contenir l'avis:

(1) "l'endroit où les soumissions doivent être envoyées" (al. (a)) du par. (1) de la règle 109);

(2) "la date limite jusqu'à laquelle le syndic recevra des soumissions" (al. (a)) du par. (1) de la règle 109);

(3) "une invitation à assister à une assemblée de soumissionnaires" (al. (b)) du par. (1) de la règle 109);

(4) l'heure, la date et l'endroit fixés pour la tenue de l'assemblée des soumissionnaires (al. (b)) du par. (1) de la règle 109);

(5) l'annonce que "l'objet de l'assemblée est d'ouvrir et annoncer les soumissions reçues" (al. (b)) du par. (1) de la règle 109);

(6) l'avis que les soumissions doivent être accompagnées d'un chèque visé fait à l'ordre du syndic (ss-al. (i) de l'al. (c) du par. (1) de la règle 109);

(7) l'avertissement que le chèque visé doit "représenter au moins 15 % du montant de la soumission" (ss-al. (1) de l'al. (c) du par. (1) de l'article 109);

(8) l'avis "que le dépôt sera remis au soumissionnaire si la soumission est rejetée" (sous-alinéa (i) de l'alinéa (c) du paragraphe (c) de la règle 109);

(9) l'avertissement "que le dépôt sera confisqué à titre de dommages-intérêts payés au syndic par le soumissionnaire, si ce dernier retire sa soumission avant qu'il ait reçu l'avis" la décision des inspecteurs (ss-al. (iii) de l'al. (c) du par. (1), par. (6) de la règle 109);

(10) "un avis portant que le soumissionnaire dont la soumission a été acceptée perdra son dépôt à titre de dommages-intérêts s'il ne conclut pas la vente."

---Motifs de l'avis

L'assemblée des soumissionnaires a pour but de permettre que le soumissionnaire soit mieux informé de la teneur et du contenu des offres soumises.

La raison pour laquelle le dépôt de 15 % du prix est exigé au moment de l'offre, c'est d'assurer que celle-ci soit sérieuse et que le soumissionnaire prouve sa bonne foi. En outre, la perte du dépôt, à laquelle s'expose le soumissionnaire qui retire prématurément son offre ou qui ne conclut pas la vente si son offre est acceptée, décourage les intéressés de persister dans les abus qui sapent le système des offres. Auparavant, la jurisprudence ramenait les soumissions à de simples questions d'offre et de demande; en conséquence, elle appliquait la règle que l'acheteur éventuel, du moment qu'il n'avait reçu aucune communication au sujet de l'acceptation de son offre, avait le droit de la retirer. D'autre part, cette jurisprudence ne convenait pas au système des offres, qui par définition suppose que, pour retirer tous les avantages de la concurrence et rapporter le plus possible aux créanciers, les offres restent en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient examinées en même temps. Le retrait prématuré de l'offre inciterait les autres soumissionnaires à se dédire aussi, avec la conséquence qu'il ne resterait peut-être aux créanciers que l'offre la

plus basse ou pas d'offre du tout. La nouvelle règle fait que si l'offre est retirée, le dépôt de 15 % est versé à la masse et distribué aux créanciers.

De même, il ne faut pas permettre au plus haut soumissionnaire d'empêcher la vente par son seul caprice. Une fois qu'il a été informé que son offre est acceptée, le contrat de vente est conclu en droit, et l'acheteur est obligé de l'exécuter. Sinon, le dépôt de 15 % est attribué au syndic à titre de dommages-intérêts et tombe dans la masse pour être distribué aux créanciers. Toutefois la masse des créanciers aurait pu y, gagner d'avantage si la règle avait stipulé que le dépôt de 15 % accompagnant toute soumission doit être versé à titre d'arrhes.

Il y a un motif supplémentaire d'exiger que le soumissionnaire ne retire pas son offre avant d'avoir été informé de la décision des inspecteurs. Il s'agit d'un effort pour régler juridiquement la controverse qui agite depuis longtemps les tribunaux, à savoir s'il y a communication postale entre des personnes qui ne sont pas présentes au même endroit, en particulier communication de l'acceptation d'une offre,

(1) au moment où l'acceptation est confiée au bureau de poste pour que celui-ci la livre;

- dans les provinces du "Droit Commun":

---Adams c. Lindsell (1818) 1 B. & Ald. 681; 106 E.R. 250;

---Household Fire & Carriage Accident Insurance Company Limited c. Grant (1979) 4 Ex.D. 216.

- au Québec:

---Magann c. Auger (1901) 31 R.C.S. 186.

(2) au moment où l'acceptation arrive à l'adresse postale indiquée, mais avant que l'enveloppe ne soit ouverte:

- au Québec:

---Charlebois c. Baril (1928) R.C.S. 88.

- dans les provinces du "Droit Commun":

---aucune jurisprudence sur ce point.

(3) au moment où le destinataire prend connaissance de la lettre d'acceptation:

- au Québec:

---Underwood c. Maguire (1897) 6 B.R. 237.

- dans les provinces du "Droit Commun":

---aucune jurisprudence sur ce point.

La règle 109 retient la deuxième solution; les arrêts contraires n'ont plus d'application. La règle coupe court aux discussions sur le moment où il est loisible de retirer une offre. Comme mesure de prudence, on recommande au syndic, avant de mettre l'acceptation à la poste, d'agrafer à l'extérieur de l'enveloppe un accusé de réception de courrier recommandé (carte rose), qui lui sera retourné avec l'attestation du maître de poste de la destination que le pli est parvenu à l'adresse, à telle date.

---Procédure à suivre lors de la réception des offres

Lorsque le syndic reçoit les offres, il doit les inscrire sur la formule 99 d'un registre qu'il conserve; c'est le décret cité plus haut qui a institué cette formule. La formule prescrit d'y attacher les avis d'appels d'offres. Il faut se rappeler que l'appel d'offres doit indiquer l'heure limite permise pour l'acceptation des offres; les colonnes 2, 4 et 5 du registre doivent être remplies jusqu'à l'heure d'expiration du délai. Les soumissionnaires présents à l'assemblée ont le droit de s'opposer à toute offre présentée après le délai, ou non enregistrée avant l'assemblée. A l'assemblée, le registre est complété en inscrivant dans les colonnes 1, 3, 6 et 7, séance tenante, le détail des offres, à mesure que celles-ci sont décachetées.

Aussitôt après l'assemblée des soumissionnaires, les inspecteurs se réunissent pour examiner les soumissions (par. (4) de la règle 109). Le registre des soumissions ainsi que les soumissions doivent être déposés à l'assemblée des inspecteurs (par. (5) de la règle 109).

Les soumissionnaires ne sont pas invités à l'assemblée, mais il doit être évident qu'ayant été informés des soumissions et de leurs auteurs, les soumissionnaires présents à cette assemblée savent à quoi ils peuvent raisonnablement s'attendre. Cela seul doit décourager les inspecteurs et le syndic d'accepter une offre de dernière heure, de marchander avec les divers soumissionnaires, ou d'abuser de la clause d'exception citée plus haut, et doit imposer l'acceptation de l'offre la plus élevée, à moins d'impérieuses raisons d'agir autrement.

Le syndic doit communiquer la décision des inspecteurs à tous les soumissionnaires aussitôt après l'assemblée des inspecteurs (par. (6) de la règle 6). L'avis doit indiquer le nom du soumissionnaire dont l'offre est acceptée, le montant et autres conditions de cette dernière (al. (a) du par. (6) de la règle 109). Si aucune offre n'est acceptée, le syndic doit donner les motifs du refus de toutes les offres.

L'avis doit être signifié à chaque soumissionnaire, soit en personne, soit par courrier recommandé (par. (7) de la règle 109); conformément l'obligation imposée au par. (6) de la règle 109 d'avertir tous les soumissionnaires de la décision des inspecteurs. C'est aussi conforme à la jurisprudence citée plus haut, selon laquelle dans l'examen des offres, tous les soumissionnaires doivent être traités sur un pied d'égalité, et doivent bénéficier de renseignements complets, afin qu'ils soient plus en mesure de défendre leurs droits. Devant un groupe de soumissionnaires renseignés, le syndic serait très imprudent d'essayer de marchander entre eux ou d'exploiter l'offre la plus haute.

---But de la règle 109

Le but certain de la règle 109, c'est donc de rétablir la confiance dans le système d'offres que les tribunaux se sont si diligemment efforcés de défendre, et d'assortir le système de dispositions qui imposent aux acheteurs éventuels de présenter, aux inspecteurs d'accepter, les offres selon des modalités qui, en fournissant des renseignements complets, vise à favoriser la bonne foi des deux côtés.

Le syndic attentif remarquera que la règle 109 ajoute de nombreux raffinements au Bulletin aux Syndics no 12 que le surintendant des faillites avait publié le 6 mai 1970. La règle a été formulée à la suite de presque trois ans d'expérience des dispositions du Bulletin no 12. La règle 109, n'étant en vigueur que depuis le 11 avril 1973, il est difficile pour l'instant d'en mesurer l'efficacité. Si la nouvelle règle ne supprime pas toutes les difficultés, elle donne certainement des directives claires et précises afin d'éviter les difficultés le plus possible et de supprimer les abus que réprouvent les tribunaux.

QUELQUES PROBLEMES PARTICULIERS DE LA REALISATION

CESSION DE BAUX, DE CONCESSIONS, ETC.

En ce qui concerne les baux, Me Philip Meyerovitch, c.r., déclare dans The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets: Procedure (1956) 16 R. du B. 264, à la p. 272:

> (Traduction) "A la première assemblée des inspecteurs, ils s'occupent en outre de la période du bail qui reste à courir. Il peut avoir de la valeur, tout dépend des conditions de fond du bail. Le syndic peut dire au propriétaire qu'il désire mettre fin au bail ou céder son droit au bail à un acheteur. Vous voyez d'après les annonces que publient les syndics qu'ils mentionnent fréquemment leur droit à la période du bail qui reste à courir pour tels et tels locaux."

Ces pouvoirs sont donnés aux syndics à l'article 14(1)(k) . Pour de plus amples détails, le lecteur doit se reporter au mémoire de la série intitulé "Droits des propriétaires et des locataires".

En parlant de réalisation, cependant, il est bon de mentionner l'obstacle, que soulèvent les baux, les permis et les concessions. Un contrat doit se conclure entre deux parties, et le syndic ne peut vendre ou céder le droit de celle qui n'est pas faillie. Dans les contrats comme ceux mentionnés précédemment, si l'autre partie permet d'utiliser l'espace loué, les droits d'auteur ou la marque de commerce

afin de fabriquer des objets ou d'en faire le commerce, c'est probablement à cause de la réputation personnelle du concessionnaire de ces droits, le débiteur. Le cédant veut s'assurer que tout autre cessionnaire de ces droits a bonne réputation, pour trouver avantage à laisser le nouveau cessionnaire exercer ces droits et, naturellement, après son expérience avec le failli, il veut s'assurer lui-même de la solvabilité du cessionnaire. C'est pourquoi, même si certaines dispositions législatives ou les contrats mêmes, permettent que le cessionnaire cède ses droits contractuels, le cédant se réserve nécessairement celui de consentir à un tel transfert. Il serait sage de la part du syndic de consulter auparavant le cédant au sujet du transfert de ces droits avant même d'en annoncer la vente. Si le syndic n'obtient pas ce consentement avant, il risque d'avoir entre les mains un contrat qu'il ne pourra signer avec l'acheteur éventuel à cause de sa propre négligence et il sera responsable de tous les dommages causés par les pertes résultant de cette négligence. Ces situations nous rappellent le vieil adage "il vaut mieux prévenir que guérir".

COMPTES A RECEVOIR

---Introduction

La liquidation des comptes à recevoir n'entraîne pas nécessairement leur vente, mais, dans certaines circonstances, elle est préférable. Le syndic a le choix: ou il procède lui-même au recouvrement de toutes les dettes actives, ou s'il croit que c'est trop difficile ou trop onéreux, il tente de persuader quelqu'un de lui verser un prix fixe, c'est-à-dire qu'il établit un certain pourcentage du montant des dettes actives qui constituerait le produit final des dettes pour la masse, en cédant toutes les dettes actives à l'acheteur qui aurait à les recouvrer lui-même.

---Garantie légale du syndic

Le syndic peut être obligé de garantir l'existence réelle des comptes à recevoir, c'est-à-dire que le débiteur et l'autre personne ont effectivement conclu un contrat (avant la faillite), en vertu duquel elle lui doit de l'argent, à la date de la vente des comptes par le syndic.

Voici quelques exemples pour éclaircir ce point. Supposons que le failli ait vendu et livré des marchandises à l'un de ses clients. Le client (c.-à-d. le débiteur de la dette active) est tenu de payer en

vertu du fait que le vendeur (maintenant le failli) a exécuté toutes les clauses du contrat de vente, c'est-à-dire la livraison des marchandises.

Dans ce cas, l'obligation du client de payer les marchandises est évidente, et aucun obstacle juridique ne peut empêcher le vendeur (et, en faillite, son syndic) d'en récupérer le prix.

D'autre part, supposons que le vendeur n'ait pas livré les marchandises. Il n'a pas rempli son obligation contractuelle. Par conséquent, il ne peut en exiger en droit le paiement et ce, jusqu'au moment de leur livraison. Pour ce seul motif, toute action en justice afin d'en recouvrer le prix sera rejetée. En d'autres termes, s'il n'y a pas eu livraison, il est impossible d'exiger ou de recevoir de l'argent; il n'existe aucune dette active et, par conséquent, aucun transfert à effectuer.

De même, s'il n'y a eu qu'une livraison partielle des marchandises vendues, le vendeur a une dette active uniquement pour la marchandise livrée, mais non pas pour le reste.

C'est le même cas si la qualité des marchandises est garantie et que l'on découvre plus tard qu'elles sont en mauvais état. Le vendeur, n'ayant pas assuré la garantie, n'a pas rempli son obligation et, par conséquent, ne peut exiger de paiement ou avoir une dette active.

Voilà des exemples de causes qui empêcheraient la création d'une dette active. Cependant, il existe des causes qui annulent une dette active valable après sa création.

Par exemple, une dette active s'éteint après avoir été réglée. Ainsi, une fois que le client paie au vendeur les marchandises livrées, ce dernier n'a plus de dettes actives. Par conséquent, il ne peut la transférer. S'il le fait et que le cessionnaire paie, ce dernier est en droit de recouvrer cet argent. Ainsi, si le syndic transfère une dette active déjà recouvrée, il peut être tenu d'en rembousser le prix d'achat au cessionnaire. S'il a garanti à ce dernier l'existence desdits comptes à recevoir.

---Lafrance c. Gagnon (1925) 7 C.B.R. 340.

Voici d'autres causes d'extinction d'un compte à recevoir

(1) remise de dette accordée par le requérant au débiteur;

(2) compensation de créances;

(3) prescription légale de l'action ou prescription de la dette;

(4) clause du contrat qui met fin à la créance après un certain délai.

---Exclusion de la garantie de solvabilité

Le syndic devrait prendre la précaution de ne pas garantir la solvabilité des débiteurs du failli. L'achat de comptes à recevoir est de la pure spéculation; le syndic vend tout simplement à l'acheteur le droit de recouvrer les créances cédées, mais il ne s'engage pas à vendre des créances qui seront nécessairement remboursées. L'acheteur risque même d'être obligé de déposer lui-même des preuves de réclamation dans d'autres faillites.

---Exécution de la vente

Quoi qu'il en soit, le syndic et l'acheteur doivent se conformer aux exigences de la loi en vigueur dans le district judiciaire concerné en ce qui a trait aux cessions de créances comptables. La cession devrait préciser que la transaction se fait uniquement au risque de l'acheteur et que ce dernier s'engage à remplir toutes les formalités légales vis à vis des créances qui lui sont cédées. En d'autres mots, il s'occupera de l'enregistrement de la cession à ses frais et il avisera également à ses frais, les débiteurs au besoin. Il s'agit d'épargner, pour la masse, autant d'argent que possible.

POLICES D'ASSURANCE SUR LA VIE

--- REGLES GENERALES S'APPLIQUANT A TOUT LE CANADA

--- Qui est propriétaire ou titulaire de la police?

Une personne qui contracte une police d'assurance sur la vie avec une compagnie d'assurance qui s'engage à verser, à la mort du contractant, une somme d'argent à un bénéficiaire; elle acquitte les primes de la police

et en est considérée comme la propriétaire.

--- Droits du propriétaire ou du titulaire de la police

Pendant sa vie, le propriétaire a plusieurs droits découlant de la police:

(1) il peut désigner les bénéficiaires:

(a) en demandant le versement du produit à lui-même ou à sa succession ou règle générale, à ses "héritiers et représentants légaux" (les deux expressions ont exactement le même sens) sans désigner personne en particulier;

(b) en nommant un ou plusieurs bénéficiaires particuliers qui peuvent être ou ne pas être membres de sa famille immédiate;

(c) en cédant la police d'assurance sur la vie en gage d'une avance de fonds faite soit pas l'assureur, soit par un autre créancier "selon la valeur du contrat" sous réserve de la remise de tout solde à la succession du titulaire de la police;

(2) il a le choix de se faire remettre par la compagnie d'assurance la valeur de rachat en rendant la police.

--- Faillite du propriétaire

Si le propriétaire fait faillite, les droits du syndic sur la police se déterminent d'après l'usage qu'en a fait le propriétaire avant de déclarer faillite. Dans certains cas, la police peut ne pas entrer dans le patrimoine du failli ainsi que le stipule l'article 47(c) et (d) de la Loi sur la faillite et, en conséquence, être insaisissable par le syndic.

--- La valeur de rachat peut constituer un actif du patrimoine du failli

L'article 47(d) de la Loi sur la faillite stipule que les biens d'un failli attribués à ses créanciers comprennent "les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice".

Les biens du failli sont dévolus au syndic de la faillite en vertu de l'article 50 (5), tous les pouvoirs du failli sur ces biens sont également cédés au syndic. Ceci comprend l'option de réclamer la valeur de rachat d'une police d'assurance sur la vie dont le failli serait bénéficiaire:

--- Fortier c. Nault (1953) 34 C.B.R. 5.

Lors d'une faillite, le syndic peut exercer cette option pour la masse des créanciers d'un titulaire de police failli, même si, lorsqu'il n'y a pas faillite, aucun créancier particulier ou groupe de créanciers ne peut saisir cette valeur de rachat, opter ou forcer le détenteur de la police à opter pour le rachat:

--- Gagnon c. Ville de Montréal (1966) R. R. 385;

--- Lauwers c. Tardiff (1966) C.S. 79.

--- Absence de bénéficiaire

Si la police est établie au nom du propriétaire ou d'un bénéficiaire décrit simplement par les mots "à ma succession" ou "à mes héritiers et représentants légaux", la police fait alors partie du patrimoine du failli en vertu de l'article 47(c) et de la définition de "biens" à l'article 2, parce que le failli aurait pu rendre la police et en demander la valeur de rachat, l'article 47(d) habilite le syndic à le faire au profit des créanciers.

--- Mode de réalisation

Contrairement à d'autres réalisations, il n'y a pas de vente dans le cas de cette catégorie de biens, mais simplement un droit de recouvrement de la compagnie d'assurance-vie qui a émis la police conformément aux termes de ladite police.

Pour obtenir la valeur de rachat, le syndic doit suivre les énoncés prévues à cette fin dans la police d'assurance et remettre à la compagnie d'assurance, en plus de tous les autres documents que peut exiger cette dernière, des copies visées de la cession du débiteur (formule 29) et du certificat de nomination du syndic (formule 32).

Si le syndic doute que le bien fasse partie du patrimoine du failli, il doit de toute façon présenter une demande à la compagnie d'assurance-vie conformément aux conditions de la police et s'il n'obtient pas remise immédiate de la valeur de rachat, consulter un avocat pour déterminer la validité de toute objection que peut soulever la compagnie d'assurance contre la remise de la valeur de rachat.

--- Faillite du bénéficiaire

Si le bénéficiaire est failli, il faut s'assurer s'il ou elle a accepté d'être nommé (e) bénéficiaire et si, en conséquence, il (ou elle) pourrait revendiquer le capital assuré de la police au décès de l'assuré.

Si le failli n'a pas accepté à la date de la faillite, son droit de le faire dépend de la révocation par le propriétaire de la nomination du bénéficiaire. La meilleure façon de procéder consiste à aviser immédiatement la companie d'assurance de son acceptation SANS faire enquête auparavant. Si la compagnie d'assurance répond que la révocation a déjà eu lieu, alors le capital assuré ne tombe pas dans le patrimoine du failli. Si la compagnie d'assurance confirme l'acceptation, alors le produit de la police devient payable au décès du propriétaire, s'il survient avant la libération.

La raison pour laquelle le syndic doit procéder sans faire enquête au préalable est d'éviter la possibilité que la police soit retirée des biens composant le patrimoine du failli par révocation conseillés au propriétaire par son ami l'agent d'assurance qui est tenu de protéger les intérêts dudit propriétaire.

--- Protection spéciale de la famille immédiate de l'assuré

. Toutes les provinces du Canada ont des lois permettant à un assuré de désigner comme bénéficiaires des membres de sa famille aux fins expresses

de les protéger financièrement au cas du décès de l'assuré alors qu'il se trouve dans un état d'insolvabilité ou de faillite. Ces dispositions rendent insaisissables les sommes dues sur la police ou le capital assuré de cette dernière, que ce soit pour rembourser les dettes de l'assuré ou celles des bénéficiaires.

--- Colombie-Britannique:

Insurance Act (Loi sur l'assurance) R.S.B.C. 1960, chap. 197, art. 139 (2) modifié par S.B.C. 1962, chap. 29, art. 3.

--- Ontario:

Insurance Act (Loi sur l'assurance) R.S.O. 1970, chap. 224, art. 170 (2).

--- Québec:

Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, chap. 296, art. 30, 31.

Ils ne font pas partie des biens composant le patrimoine de la faillite du titulaire de la police une fois que les membres de la famille immédiate du failli ont été nommés bénéficiaires et le titulaire de la police n'a aucun droit sur la valeur de rachat, que les bénéficiaires aient accepté ou non leur nomination comme tels.

L'article 71 (1) de la Loi sur la faillite protège également les primes versées pour ces polices contre la saisie par le syndic.

--- REGLES PROVINCIALES SPECIALES

Les règles mentionnées ci-dessus s'appliquent à tout le Canada. Il peut cependant exister des règles différentes concernant la validité de l'acceptation par un bénéficiaire, la déchéance de droit au statut de bénéficiaire par divorce et d'autres cas similaires variant d'une province à une autre. La mobilité des personnes, de nos jours, peut signifier qu'un

failli dans la province où exerce le syndic peut être propriétaire d'une police dans une autre province ou d'une police dont une clause soumet ladite police aux lois d'une autre province. C'est la loi de la province mentionnée dans la police qui régit ladite police et non pas nécessairement la loi de la province où exerce le syndic.

Nous ne tenterons pas d'expliciter ici ces différences; pour les fins du présent document, il suffit que le syndic sache qu'elles existent et peuvent affecter ses droits de recouvrement soit de la valeur de rachat, soit des sommes dues.

DISPOSITIONS SPECIALES CONCERNANT LES VENTES DE BIENS IMMOBILIERS DANS LA PROVINCE DE QUEBEC

--- INTRODUCTION

Un débiteur peut posséder des biens dans la province de Québec, qu'il soit mis en faillite dans la province même de Québec ou dans l'une des provinces du "Droit Commun". Les régimes fonciers et la cession de titres diffèrent beaucoup entre le Québec et les provinces du "Droit Commun"; pour cette raison, on trouve dans la Loi sur la faillite, aux articles 64 à 68 inclusivement, et à l'article 100(3), des dispositions qui traitent précisément de la procédure que doit suivre le syndic pour pouvoir transférer un titre de propriété immobilière située dans la province de Québec.

La présente partie du mémoire est donc importante pour les syndics, partout au Canada, qui pourraient trouver dans le patrimoine de la faillite des biens immobiliers situés dans la province de Québec.

Le mode de possession et d'utilisation d'un bien-fonds, et la façon d'en céder le titre doit généralement respecter les lois du ressort où le bien-fonds est situé (art. 6(1) du Code civil de la province de Québec). Tous les documents créant un titre sur un bien-fonds et toutes transactions portant sur le bien-fonds, y compris tant le transfert du titre que les hypothèques ou privilèges accordés comme garanties de remboursement de dettes, doivent être enregistrés dans les bureaux d'enregistrement créés à cette fin dans la localité où est situé le bien-fonds; cette mesure permet à toute personne qui désire faire une transaction

quelconque sur le bien immeuble de pouvoir facilement consulter un registre officiel explicite de tous les obstacles d'ordre juridique qui pourraient l'empêcher d'acquérir un titre ou un privilège.

Ce n'est pas seulement le droit relatif aux titres et aux ventes qui diffère, mais aussi le droit relatif aux hypothèques et privilèges. En outre, à l'exception de quelques lois visant certaines fins particulières, le droit civil du Québec ne connaît pas le "trust", institution qui provient du "Droit Commun".

Pour pallier aux difficultés de l'application de la Loi sur la faillite dans la province de Québec, il a fallu introduire, en 1923, les dispositions nouvelles que l'on trouve maintenant dans les articles 64 à 68 et 100(3), par la promulgation de la loi modificative 13-14 Geo V, S.C. 1923, chap. 31, art. 20, 28.

Aux articles 64 à 68, il est particulièrement question des biens sur lesquels le débiteur a accordé des hypothèques et des privilèges. (Il convient d'informer les syndics des provinces du "Droit Commun" qu'une hypothèque joue presque le même rôle que le "mortgage" du "Droit Commun", quoiqu'elle en diffère sur plusieurs points. Au sens strict, il n'existe, en droit civil québécois, rien d'analogue au "mortgage". Le privilège joue le même rôle au Québec qu'un "mechanic's lien" ou privilège de salarié dans les provinces du "Droit Commun", et on l'utilise également pour garantir le paiement du solde du prix de vente de biens immobiliers).

--- Hypothèques et privilèges

En vertu de l'article 2016 du Code civil de la province de Québec, "l'hypothèque est un droit réel (c.-à-d. un droit qui porte directement sur des biens, quelle que soit la personne qui les détient, plutôt qu'un droit contre une personne déterminée) sur les immeubles (c.-à-d. des terrains et des bâtiments) affectés à l'acquittement d'une obligation en vertu duquel le créancier peut les faire vendre en quelques mains qu'ils soient, et être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre de priorité, tel que fixé dans (le Code civil de la province de Québec)."

L'article 2057 donne au créancier, pour assurer ses droits, un recours appelé l'action hypothécaire. En vertu de l'article 2061 du Code

civil, "l'objet de l'action hypothécaire est de faire condamner le détenteur à délaisser l'immeuble pour qu'il soit vendu en justice, si mieux il n'aime payer la créance en principal, les intérêts conservés par l'enregistrement, et les dépens.....".

L'article 2074 donne au créancier un droit de "suite", quelle que soit la personne à laquelle l'immeuble est transféré. Pendant les poursuites judiciaires, une caractéristique très importante, formulée à l'article 2079, et essentielle à la compréhension des droits de vente du syndic, en vertu des articles 64 à 68, est que "le détenteur ne délaisse que l'occupation et la détention de l'immeuble, il en conserve la propriété jusqu'à l'adjudication, et il peut en tout temps jusqu'à cette adjudication, faire cesser l'effet du jugement hypothécaire et du délaissement, en payant ou consignant le montant entier de la créance du poursuivant et tous les dépens."

Les privilèges du droit civil québécois servent à diverses fins; ils confèrent, à divers types de requérants, des privilèges pour leurs créances. Les deux plus importants qu'un syndic peut rencontrer ont déjà été mentionnés précédemment. En vertu des articles 1981 et 1983 du Code civil de la province de Québec, un privilège est un droit d'être payé de préférence sur le produit de la vente du bien grevé du privilège. Sauf certaines exceptions, les privilèges doivent être enregistrés sur le bien, et dans les six (6) mois qui suivent l'enregistrement, le créancier doit intenter une action en justice pour conserver son privilège. Dans ce cas-ci également, tout comme dans le cas des hypothèques, le but de l'action en déclaration de privilège est de faire déclarer par le tribunal que le bien est grevé d'un privilège valable, que la vente du bien doit être faite par des officiers de justice, et que le requérant privilégié doit être payé de préférence sur le produit de cette vente.

--- Réalisation rapide

Intenter une action judiciaire pour demander une vente en justice est la seule façon pour les créanciers qui détiennent des hypothèques ou des privilèges de réaliser leur garanti. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'une procédure judiciaire et qu'il n'existe pas de moyen plus rapide de procéder, cela signifie que la liquidation des biens pourrait être beaucoup retardée, dans le cas où il existerait une équité pour les créanciers. Par conséquent, le but premier des articles 64 à 68 inclus de la Loi sur la faillite est de fournir au syndic une méthode rapide d'obtenir l'autorisation de vendre le bien, sans avoir à attendre

Dans le Droit Commun, le titre en droit peut être distinct du titre en équité. Ainsi, lorsqu'on crée une fiducie en faveur d'un bénéficiaire, celui-ci reçoit le droit ultime de posséder, le bien-fonds à l'encontre de toute autre personne, et jouit, de ce fait, d'un titre en équité sur ce bien-fonds, alors que le fiduciaire, qui conserve le bien-fonds en fiducie pour le bénéficiaire, jouit d'un titre en droit sur le bien-fonds pour qu'il puisse l'administrer de la manière où le propriétiare en équité l'administrerait, mais toujours sous la réserve de l'obligation de rendre soit le bien-fonds, soit sa valeur, au proriétaire en équité. Lorsque, en vertu de l'article 50(5), lors de la faillite, les biens du failli passent au syndic, celui-ci, qui agit au nom de l'ensemble des créanciers, jouit du titre en droit, alors que le titre en équité est attribué aux créanciers. En d'autres termes, ils possèdent collectivement le droit ultime au partage du produit de la vente des immeubles et agissent par l'entremise du syndic pour l'obtenir. Lorsque, en vertu de l'article 62, le syndic transfère tous les droits de propriété, en droit ou en équité, du failli, l'argent donné en contrepartie des droits en équité doit être remis aux créanciers.

Le droit civil du Québec ne connaît pas la division du titre qui accorde à plus d'une personne le droit d'aliéner ou de transférer le bien. Selon le Code civil, une seule personne peut jouir du droit d'aliéner, et toute autre personne à qui on accorde un droit quelconque sur le bien, sauf un droit de propriété entière, ne peut pas l'aliéner, et ne peut exercer ses droits que sous réserve du droit d'aliénation du propriétaire initial. Parce que la notion de fiducie est étrangère au droit québécois, on ne comprenait pas, au début, si le syndic de la faillite, de la façon dont on entendait son rôle au Québec, était habilité à transférer le droit de propriété sur les biens. Si un juriste formé en Droit Commun avait essayé d'interpréter le rôle du syndic au Québec, il aurait dit que, si le titre appartient aux créanciers et ne peut être partagé avec le syndic, celui-ci ne peut pas aliéner les biens. D'autre part, si le titre appartient au syndic, les créanciers n'ont aucun droit sur le produit de la vente, vu qu'ils n'ont aucune part à ce titre. Pour éliminer cette confusion, les articles 64 et 68 stipulent clairement que le syndic a effectivement le droit d'aliéner, en vertu du droit québécois, en se fondant sur le principe que le syndic assume le droit de propriété du débiteur à l'avantage de tous les créanciers et l'exerce à titre de représentant et pour leur avantage. En conséquence, tout obstacle à la capacité du syndic d'aliéner le titre à un acheteur éventuel est supprimé.

publiques sous le régime du présent article (64) a le même effet qu'une vente faite par le shérif dans la province de Québec." Selon l'article 696 du Code de procédure civile du Québec, "le décret purge tous les droits réels non compris dans les conditions de la vente..." En d'autres termes, il libère l'immeuble de tous les privilèges et hypothèques.

Cette distinction entre les effets des ventes privées et des ventes par le shérif a été soulignée dans l'affaire Byers and Craig (1922) 3 C.B.R., à la p. 302.

--- Provisions contenues dans la Loi sur la faillite dans le but de protéger leurs droits

Pour assurer la protection des droits des créanciers hypothécaires et privilégiés tout en permettant au syndic d'aliéner rapidement les immeubles et d'obtenir un actif pour la faillite, la Loi sur la faillite établit la procédure suivante aux articles 64 et 65:

(1) Obtenir une résolution des inspecteurs qui autorise le syndic à demander au tribunal de permettre la vente du bien précis qui est en cause, en donnant une description juridique complète de ce bien (parce que le tribunal ne peut autoriser que la vente d'un bien précis et que le jugement doit être enregistré contre ce bien précis) et en incluant la mention du mode de vente qui sera utilisé, c'est-à-dire en précisant qu'on doit effectuer, soit une vente de gré à gré, soit une vente par voie de soumission, soit une vente aux enchères, et, dans le cas d'une vente de gré à gré, en indiquant l'acheteur, ainsi que le prix auquel le syndic doit vendre le bien.

(2) Avertir tous les créanciers hypothécaires et privilégiés qui détiennent des charges sur les biens-fonds en cause; on en obtient la liste en demandant au bureau d'enregistrement des titres fonciers un certificat de recherche qui donne tous les noms.

On agit ainsi afin d'obtenir le consentement de tous les créanciers hypothécaires et privilégiés à la vente de gré

à gré ou à la vente par voie de soumission. S'ils consentent tous à la vente, ils protègent alors leurs droits sur le bien acquis par l'acheteur; si seulement quelques-uns d'entre eux donnent un consentement par écrit et les autres ne le font pas, ceux-ci ne peuvent pas empêcher la vente (voir l'affaire Byers and Craig citée ci-dessus), mais ils sont tenus de collaborer avec les créanciers qui ont consenti en faisant protéger leurs droits même s'ils ont des objections contre l'acheteur. Malgré les apparences, l'article 65(2) ne fait pas de distinction dans le traitement à accorder aux créanciers consentants ou à ceux qui s'opposent. Si aucun des créanciers ne consent, le syndic doit faire une demande de vente aux enchères au plus offrant; dans le cas d'une vente aux enchères, toutes les créances hypothécaires et privilégiées sont payées avant celles des créanciers chirographaires, nonobstant leurs objections à la vente (Code de procédure civile, article 714, 715 et 718).

(3) Le syndic demande ensuite au tribunal d'autoriser la vente de gré à gré ou par voie de soumission, si certains créanciers y consentent, ou aux enchères, si aucun n'y consent. Il présente comme preuve la résolution des inspecteurs qui l'autorise à vendre, ainsi que les consentements par écrit qu'il a pu obtenir. Le compte rendu doit être signifié à tous les créanciers en cause.

Après avoir reçu le jugement, le syndic doit, en vertu de l'article 65, remplir toutes les obligations imposées au shérif par les articles 2161(d) à 2161(k) du Code civil. En fait, ces articles n'imposent au syndic que l'obligation de remettre au registraire du bureau d'enregistrement des titres fonciers une copie de l'avis de vente de l'immeuble saisi pour qu'elle soit déposée dans son bureau et enregistrée contre le bien-fonds en cause de façon à ce que les personnes qui projettent de faire des transactions sur ce bien soient avisées que sa vente est en cours par l'entremise du syndic. A partir de cette date, le registraire fait toutes les écritures nécessaires dans les dossiers du bureau d'enregistrement et veille ensuite à envoyer les avis requis par la loi aux créanciers et aux autres personnes intéressées.

Le syndic peut alors compléter la vente.

Colloque sur la faillite
Montréal
le 23 novembre 1973.

Notes de travail sur L'ORDRE DE PRIORITE DU PLAN DE REPARTITION DES BIENS ADMINISTRES EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE

J. Bernard Carisse, M.C.L.

TABLE DES MATIERES

L'ORDRE DE PRIORITE DU PLAN DE REPARTITION DES BIENS ADMINISTRES EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE

	Page
I INTRODUCTION	1
II ORDRE DES PRIORITES	2
1. Frais de funérailles et dépenses testamentaires	2
2. Frais d'administration	6
3. Prélèvement du surintendant	10
4. Créances des salariés et des autres employés	16
5. Taxes municipales	22
6. Créance du propriétaire en matière de loyer	25
7. Frais du premier saisissant	33
8. Créances de la Commission des accidents du travail, de la Commission d'assurance-chômage et du ministère du Revenu national	35
9. Créances en raison des blessures subies par des employés du failli	37
10. Créances de la Couronne	37
III DROIT DE SUBROGATION	41
IV RENVOI DE CREANCES PRIVILEGIEES	42
SUPPLEMENT A L'USAGE DU QUEBEC SEULEMENT	47

L'ORDRE DE PRIORITE DU PLAN DE REPARTITION DES BIENS ADMINISTRES EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE

I. Introduction

On a souvent dit qu'un des objectifs fondamentaux de la législation en matière de faillite est d'assurer une répartition équitable et ordonnée de l'actif disponible et libéré du débiteur entre ses créanciers. Dans ce sens, la Loi sur la faillite représente une contribution importante. Elle précise que les créanciers qui ont une garantie valable en vertu d'une loi provinciale ou fédérale ont la liberté de la réaliser, sous réserve du droit du syndic d'en contester la validité en vertu de ces lois, de la racheter, s'il le juge excessive, ou d'exiger que le créancier la réalise aussitôt au bénéfice de la masse du failli. La loi établit aussi que ceux qui ne disposent pas d'une garantie prennent rang à égalité avec tous les autres créanciers et que ceux dont la garantie est insuffisante peuvent faire la preuve du solde qui leur est dû déduction faite de la somme réalisée, ou bien renoncer à la garantie et faire la preuve de toute leur créance. Parmi les créancier chirographaires, quelques-uns sont préférés à d'autres, et les créances de certains sont différées jusqu'à ce que tous les créanciers aient été entièrement payés. Ces exceptions sont un reflet de la politique de l'Etat, mais, comme le souligne le comité d'étude dans son Rapport sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité, (qu'on citera dorénavant comme le "Comité d'étude") "pour chaque personne ou groupe qui y gagne, une autre personne ou un autre groupe y perd" (réf. 85)[1]. Le Comité d'étude propose donc une révision complète du régime actuel des priorités de façon à réaliser une répartition plus équitable et à susciter une confiance plus grande dans tout le régime de la faillite, ce qui créerait par le fait même un intérêt plus grand des créanciers pour l'administration de ce régime. Le plan de participation différée, c'est-à-dire la remise de certaines créances à plus tard, est tout récent. On l'a établi dans le but d'éliminer la tendance croissante des débiteurs à contracter des ententes de caractère douteux avec des personnes avec lesquelles ils ont des liens d'affinité, par exemple les parents consanguins ou par alliance, ou encore avec les sociétés affiliées ou apparentées, ou des associés.

Le pouvoir législatif dans les matières relatives à la faillite et à l'insolvabilité relève exclusivement du Parlement fédéral, en vertu de l'article

---

(1) Para. 3.0.02

91(21) de l'Acte de l'Amérique du nord britannique, 1867 (Imp.), et, même si ces lois, "dans leur essence et substance" relèvent de la compétence conférée par la Constitution, elles peuvent toucher n'importe quelle matière qui relève de la compétence exclusive des provinces. Il est indiscutable que, si les dispositions de la Loi sur la faillite qui établissent l'ordre de priorité des créances des créanciers entrent en conflit avec le rang de privilège accordé en vertu d'une loi provinciale, la Loi sur la faillite prévaut: arrêt Gingras Automobile Ltée (1962) R.C.S. 676; 4 C.B.R. (n.s.) 123. Il a également été jugé que, en vertu de cette compétence, le Parlement fédéral peut déterminer la priorité à accorder à chacun comme il peut décider qu'une créance du gouvernement fédéral doit avoir priorité sur une réclamation d'une Province: arrêt Silver Bros. Ltd. 11 C.B.R. 103 (S.C.C.), confirmé (1932) A.C. 514, 13 C.B.R. 223. On a aussi jugé que le Parlement peut enlever à un plaignant, tel que la Commission des accidents de travail, la garantie qu'il détient en vertu d'une loi provinciale, et déterminer la priorité de ce créanciers: arrêt R.A. Nelson Const. Ltd. 8 C.B.R. (n.s.) 221 (C.-B.). On soutient cependant que si des lois provinciales valides reconnaissent l'existence d'une dette ou d'une créance, il n'entre pas dans la compétence fédérale d'en nier l'existence, puisqu'il ne s'agit pas de l'établissement d'un rang qui lui sera accordé, car cela constituerait un empiètement non nécessaire sur les questions de "propriété et de droits civils", qui relèvent de la compétence exclusive des provinces.

La présente étude analyse l'ordre de priorité établi par l'article 107 à la lumière des affaires entendues par les tribunaux et des jugements rendus par ceux-ci. Elle présente aussi les observations et les recommandations du Comité d'étude, puisque le projet de loi sur la faillite tiendra vraisemblablement compte d'un bon nombre d'entre elles lorsqu'il sera présenté à la chambre des Communes.

II. L'ordre de priorité

1. Frais de funérailles et dépenses testamentaires

La loi sur la faillite accorde le premier rang dans l'ordre de priorité aux frais de funérailles et aux dépenses testamentaires raisonnables engagés

par les représentants légitimes personnels d'un failli décédé: al. 107(1)(a). [1] Cela veut-il dire que seul le débiteur qui décède après avoir été déclaré en faillite obtient la priorité, ou cela inclut-il une succession qui est déclarée en faillite après la mort d'un débiteur? En vertu de l'article en vigueur antérieurement (art. 125B, auquel l'art. 42 de la Loi modifiant la Loi sur la faillite 1932, chap. 39 a donné force de loi), M. Cook, greffier de la Ontario Supreme Court in Bankruptcy, a jugé que la priorité ne s'applique pas si un créancier meurt après avoir fait une cession autorisée ou après avoir été déclaré en faillite; elle ne s'applique que si son statut n'est pas celui d'un failli au moment de son décès: arrêt Walters, Ex p. Alice Walters (1934) 15 C.B.R. 465. Cela ne semble pas exact puisque l'art. 125B parle de "l'administration des biens d'un débiteur insolvable décédé", alors que la disposition correspondante de la Bankruptcy Act d'Angleterre 1914, chap. 59, art. 130, sur laquelle la disposition de la loi canadienne semble s'être fondée, n'utilise pas le mot "insolvent" au paragraphe 6).

Dans son rapport, le Comité d'étude considère que l'expression "failli décédé" ne peut référer qu'à:

> "un débiteur qui est mort après avoir été déclaré en faillite, elle ne s'applique pas à un débiteur dont la succession est déclarée en faillite après son décès, car le patrimoine ne peut être considéré comme étant un "failli décédé" (page 120).

Si cette interprétation est correcte, et que la décision rendue dans Re Walters (ci-dessus) est erronée, il n'y a apparemment pas eu changement dans l'ordre des priorités lorsque la loi actuelle sur la faillite a été adoptée en 1949. Dans l'arrêt récent In re Bertram (1972) 3 O.R. 903, le juge Houlden adopte un point de vue différent. Il déclare que les mots "failli décédé" ont été inscrits dans la loi pour inclure les deux situations, la première lorsque le débiteur est mort avant d'avoir été déclaré en faillite, et la seconde lorsqu'il est mort après la date de mise en faillite. A l'appui de son interprétation, il se rapporte aux mots qui suivent immédiatement le mot "funérailles",

---

(1) Les frais de funérailles comprendraient probablement les frais d'incinération. En Angleterre, en vertu de la Cremation Act (Loi de l'incinération), 1902, chap. 8, art. 9, les frais d'incinération sont considérés comme des frais de funérailles. Il n'existe pas de législation semblable au Canada.

soit les mots "et dépenses testamentaires" et déclare que ces derniers mots ne signifient rien si l'on juge que l'article ne concerne que les personnes qui sont mortes après la date de mise en faillite: "il ne peut y avoir de dépenses testamentaires, parce que le syndic de faillite administre le patrimoine". Il ne fait pas de doute que le jugement du juge Houlden évite l'anomalie relevée par le Comité d'étude dans son rapport, en ces termes:

> "une réclamation pour frais funéraires, qui existait à la date de la faillite d'une succession insolvable, ne bénéfice pas d'une priorité, alors qu'une réclamation pour frais funéraires qui n'existait même pas à la date de la faillite du débiteur est au premier rang des priorités. Le plus étrange, c'est qu'une telle réclamation, étant forcément survenue après la faillite, n'est pas 'prouvable en matière de faillite' et ne devrait donc pas normalement donner droit à un dividende."

Le Comité d'étude recommande que la priorité accordée aux frais funéraires et aux dépenses testamentaires soit aboli. Il mentionne l'argument que cette abolition pourrait faire que:

> "l'inhumation d'un débiteur insolvable ou d'un failli deviendra une affaire difficile à régler, et que celui-ci devra être éventuellement inhumé dans une fosse commune ou aux frais des contribuables. Mais cette situation est déjà celle de nombreux autres débiteurs qui meurent insolvables. D'ailleurs, si la personne décédée est un failli, il se peut qu'elle ait, à sa mort, un petit actif constitué des biens qu'elle aurait accumulés après sa faillite. Cet actif pourrait servir à payer les frais funéraires."

L'article mentionne: "frais de funérailles faits par le représentant légal personnel . . ." Si le défunt est mort en état de faillite, et qu'une

administration municipale supporte les dépenses de funérailles comme l'exige la législation provinciale[1], cette administration est-elle subrogée dans le droit de priorité donné par cet article aux représentants légaux personnels? Dans l'affirmative, ou si l'expression "représentants légal personnel" peut lui être appliquée, cette administration en retire un avantage. Nous affirmons qu'elle ne possède pas ce droit, et que la seule manière dont les mots "représentant légal personnel" puissent être appliqués à une municipalité est que cette dernière se fasse représenter en qualité de "créancier" du patrimoine.

Les syndics devraient connaître les dispositions générales de la loi qui traitent de leurs obligations en matière de dépenses de funérailles. Selon la common law, un mari doit assumer les frais de funérailles de son épouse, si elle ne laisse pas un patrimoine suffisant pour payer ces dépenses, même si les époux sont séparés: Jenkins c. Tucker (1788) 1 Hy. Bl. 90; Ambrose c. Kerrison (1851) 10 C.B. 776; Bradshaw c. Beard (1862) 12 C.B. (n.s.) 344. Et même selon ce droit applicable, si la femme décédée laisse un certain patrimoine, même si elle est insolvable, le mari a le droit de recouvrer sur ce patrimoine les dépenses des funérailles de son épouse: Re M'Myn, Lighbown c. M. Myn (1886) 33 Ch. D. 575; Rees c. Hughes: 1946 K.B. 517 (CA); Re Gibbons (1889) 31 O.R. 252. Il a toutefois été jugé dans Re Sea (1905) 11 C.B.R. 324, 1 W.L.R. 460 et dans Montgomery, Lumbers c. Montgomery (1911) 20 Man. L.R. 444, 17 W.L.R. 7, qu'un époux ne peut recouvrer sur le patrimoine de son épouse les dépenses faites pour ses funérailles, à moins qu'elle ne l'ait prévu ainsi par testament, ou à moins qu'il existe une loi qui mette ces dépenses à la charge du patrimoine de l'épouse séparée en biens.

---

(1) En Saskatchewan, les municipalités ont l'obligation d'inhumer les indigents, et elles ont le droit de recouvrer ces dépenses d'inhumation des personnes qui devraient les assumer autrement: City Act, R.S.S. 1965, chap. 147, art. 231 (par. 155), 318; Town Act chap. 148, art. 217 (par. 138), 289; Village Act chap. 149, art. 242; Rural Municipality Act, chap. 150, art. 203, 253; Local Improvement Districts Act, chap. 151, art. 121. Il existait des dispositions identiques en Alberta (R.S.A. 1955, chap. 42, art. 341; chap. 215, art. 294), mais ces lois furent abrogées et promulguées sous une autre forme; les nouveaux articles contiennent des dispositions plus générales.

Les Lois d'accidents fatals et autres lois similaires de certaines provinces précisent que des dépenses de funérailles raisonnables peuvent être recouvrées de toute personne qui a causé la mort de la victime par négligence: voir British Columbia, R.S. 1960, chap. 138, art. 4(5)(b); Alberta,R.S. 1970, chap. 139, art. 8, Saskatchewan, R.S. 1965, chap. 109, art. 4; Manitoba, R.S. 1970, chap. F-50, art. 4(3); Ontario, R.S. 1970, chap. 164, art. 3(2); Nova Scotia, R.S. 1967, chap. 100, art. 4(3); New Brunswick, R.S. 1952, chap. 82, art. 3(2); et Prince Edward Island, R.S. 1951, chap. 57, art. 10. En l'absence d'une législation de ce genre, il apparaît que les dépenses de funérailles ne peuvent être recouvrées comme dommages: voir Toronto Ry. Co. c. Mulvaney (1907) 38 S.C.R. 327, où la réclamation du père de la personne décédée a été rejetée.

Dans plusieurs provinces, le père putatif est responsable du coût des funérailles d'un enfant illégitime, en vertu de la législation du bien-être de l'enfant: voir Saskatchewan, R.S. 1965, chap. 268, art. 100(2)(d); Ontario, R.S. 1970, chap. 64, art. 59(1)(a); New Brunswick, R.S. 1952, chap. 108, art. 16(1), 37 (modifié 1956, chap. 40); Prince Edward Island, R.S. 1951, chap. 23, art. 21(1)(d), 43(b); Newfoundland, R.S.N. 1970, chap. 38 art. 18(b). (Des lois similaires existent en Alberta, R.S. 1955, chap. 39, art. 101 et au Manitoba, R.S. 1954, chap. 35, art. 48(1)(a)(ii), 65(a),(c)).

2. Frais d'administration

La Loi sur la faillite accorde le deuxième rang dans l'ordre de priorité aux frais d'administration, c'est-à-dire aux débours et honoraires du syndic et aux frais légaux. Les frais légaux viennent après que le syndic a obtenu entière satisfaction. La pratique normale d'un syndic (et également d'un avocat engagé par un syndic) est de prendre une garantie pour couvrir ses honoraires et ses débours avant d'accepter d'agir comme syndic, mais ceci ne modifie pas la priorité légale; pour autant que les biens du failli peuvent couvrir ces frais, la garantie joue: In re: Bona (1962) 3 C.B.R. (n.s.) 270 (Ont.). Un syndic condamné à payer les frais d'un procès intenté au failli a droit à la même priorité pour ces frais: In re: Montreal Quarry Ltd.(1959) 38 C.B.R. 181 (C.s. du Qué.). Il a également été jugé que les frais assumés par un syndic qui continue un procès intenté par une corporation après que cette dernière ait fait cession de ses biens, qui intente un procès en première instance, puis en appel, lorsque le jugement précédent a été infirmé, constituent des frais judiciaires au sens de l'article 155(6)(d) (à présent article 168(6)(d))

et, à ce titre, se classent dans l'ordre des priorités énoncé dans cet article.

Les dispositions législatives qui traitent des frais, des honoraires et des débours d'un syndic se trouvent aux articles 21 et 127, dont le dernier traite de l'administration sommaire et aux règles 62 et 110 à 112 des Règles régissant la faillite. Ces textes sont reproduits ci-dessous.

Article 21:

(1) La rémunération du syndic est celle que lui vote une assemblée de créanciers, par résolution ordinaire.

(2) Lorsque la rémunération du syndic n'a pas été établie en vertu du paragraphe (1), le syndic peut inclure dans son état final et retenir pour sa rémunération, sauf l'augmentation ou la réduction ci-après prévue, une somme ne dépassant pas sept et demi pour cent du montant qui subsiste de la réalisation des biens après que les réclamations des créanciers garantis ont été payées ou acquittées.

(3) S'il y a eu continuation de commerce du débiteur par le syndic ou sous sa surveillance, le syndic peut recevoir pour pareils services la rémunération spéciale que les créanciers ou les inspecteurs peuvent autoriser par résolution, et, advenant une proposition, la rémunération spéciale dont le débiteur peut convenir, ou, en l'absence d'une entente avec le débiteur, le montant que le tribunal peut approuver.

(4) Si deux ou plus de deux syndics agissent l'un en succession de l'autre, la rémunération est répartie entre les syndics selon les services que chacun d'eux a rendus, et, en l'absence d'une entente entre les syndics, le tribunal doit déterminer le montant payable à chacun d'eux.

(5) A la demande du syndic, d'un créancier ou du débiteur, et après avis aux parties que peut ordonner le tribunal, ce dernier peut rendre une ordonnance augmentant ou réduisant la rémunération, S.R., c. 14, art. 17.

(L'art. 123 traite de la taxation des comptes des syndics)

Règle 62:

Rémunération du syndic

(1) A moins que le tribunal n'en ordonne autrement, la rémunération du syndic est censée comprendre tous les services accomplis par le syndic, ses associés et employés.

(2) Lorsqu'il taxe les comptes d'un syndic, conformément à l'article 123 de la Loi, l'officier taxateur doit taxer les déboursés aux taux établis par le tarif.

(3) Les déboursés d'un syndic ne doivent pas comprendre de remboursement pour l'usage des lieux ou des facilités du syndic.

(4) Lorsqu'un syndic a retenu les services d'un interprète, conformément au paragraphe (2) de l'article 88 ou au paragraphe (4) de l'article 96, le syndic a droit, lors de la taxation de ses comptes conformément à l'article 123 de la Loi, aux honoraires que le tribunal juge raisonnables.

(5) Sous réserve de la Loi et du présent article, le tribunal établira les déboursés dont le syndic peut légitimement demander le remboursement.

Article 127: (Administration sommaire)

Le syndic doit recevoir les honoraires et déboursés qui peuvent être prescrits.

Règle 110:

Honoraires et déboursés des syndics en cas d'administration sommaire
Sous réserve des dispositions de l'article 112, les honoraires que doit recevoir le syndic pour les services décrits à l'un des articles de l'annexe AB, dans la colonne I, et rendus par lui en cas d'administration sommaire sont les honoraires établis à cet article dans la colonne II.

Règle 111:

Sous réserve des dispositions du paragraphe 112, le montant des déboursés qu'il est permis de payer au syndic en cas d'administration sommaire est de cinquante dollars.

Règle 112:

Lorsque le syndic rend des services extraordinaires ou fait des déboursés extraordinaires en cas d'administration sommaire, il peut recevoir, en plus des honoraires et du paiement des déboursés prescrits aux articles 110 et 111, les honoraires et le paiement des déboursés que l'officier taxateur peut lui allouer. (Voir également les annexes A et B)

A cet égard, des problèmes surgissent lorsqu'un débiteur dépose une proposition de concordat entre les mains d'un syndic, et que cette proposition n'est pas acceptée par les créanciers, ni n'est approuvée par le tribunal, ou bien lorsque cette proposition est acceptée et approuvée, mais n'est pas exécutée par le débiteur; les difficultés surgissent quand une requête en faillite est présentée contre le débiteur, ou que ce dernier dépose une cession, et qu'un syndic différent agit comme syndic de faillite.

Dans l'arrêt McCartney Sales & Service Ltd. (1955) 35 C.B.R. 1, où les proposition déposée auprès du syndic n'a pas été acceptée par les créanciers, la Cour juge que les honoraires et frais du syndic ne constituent pas une créance privilégiée. Dans un cas où les créanciers ont accepté la proposition et que celle-ci a été approuvée par la Cour,mais que le débiteur n'a pas rempli ses engagements et que, par suite, il a été mis en faillite, la Cour

suprême du Canada a décidé que la réclamation du syndic de la proposition était une créance privilégiée en vertu de cet article: Perras c. Boulet (1959-60), 38 C.B.R. 168. Dans l'arrêt McCartney, le juge Smily estime que le syndic, mentionné à l'article 95(1)(b), est le syndic des biens du failli après la faillite, mais cette opinion doit à présent être considérée comme désapprouvée par la Cour Suprême du Canada: voir commentaire 38 C.B.R. 173.

Il faut se rappeler que l'article 46(2) de la loi mentionne particulièrement les propositions faites en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, et que l'article 46(1) stipule que toutes les dispositions de la Loi sur la faillite s'appliquent mutatis mutandis aux propositions. Dans l'arrêt Mount Bruno Holdings Ltd., (1960) 1 C.B.R. (n.s.) 138, la Cour supérieure du Québec (faillite), appliquant le principe de l'arrêt McCartney (voir ci-dessus) juge que le compromis ayant été approuvé par la Cour, mais que le débiteur ayant fait défaut et ayant fait une proposition de cession en vertu de la Loi sur la faillite, le syndic du compromis avait droit à être remboursé de ses débours selon la priorité établie par cet article. La Cour ne se réfère pas à la décision de la Cour suprême dans Perras c. Boulet. Cet arrêt a réglé la question, non seulement en ce qui concerne les débours, mais encore en ce qui concerne les honoraires du premier syndic: voir commentaire 1 C.B.R. (n.s.) 141.

Dans l'arrêt Mastrogiovanni (1972) 1 O.R. 724, la Cour juge qu'un avocat engagé par les créanciers au sujet d'une proposition de cession a droit au remboursement de ses frais bien que la proposition ait ensuite été rejetée par la Cour sur recommandation du syndic; la Cour déclare que ces débours doivent être soit payés par le syndic de la proposition s'il existe des fonds, soit par les biens du failli, en qualité de créance privilégiée et en application de cet article.

3. Prélèvement du surintendant

Afin de défrayer la surveillance du surintendant, l'article 118 stipule qu'un prélèvement doit être versé au surintendant des faillites sur tous les paiements faits par le syndic par voie de dividende ou autrement pour le compte des réclamations de créanciers, que ces derniers soient des créanciers privilégiés,

garantis ou chirographaires, et y compris Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province réclamant en matière d'impôts ou autrement. La seule exception est celle relative aux coûts du créancier qui a le premier fait une saisie en vertu de l'article 50(2). Le prélèvement à percevoir est celui que le gouverneur en conseil fixe en tout temps et qui doit être imputé proportionnellement à tous les paiements et déduit par le syndic avant que le paiement soit fait.

D'après l'article 107(1)(c), ce prélèvement se classe au troisième rang dans l'ordre de priorité.

La règle 108 des Règles régissant la faillite prescrit les taux suivants:

(a) 2% lorsque les paiements se chiffrent à un million de dollars ou moins;

(b) 2% du premier million de dollars, plus ½% du montant dépassant un million de dollars, lorsque les paiements s'élèvent à plus d'un million de dollars mais ne dépassent pas 2 millions;

(c) 2% du premier million plus ½% du deuxième million de dollars, plus 1/10% du premier million dépassant deux millions, lorsque le paiement excède deux millions de dollars.

La Cour suprême de l'Ontario a posé en principe que le prélèvement payable en vertu de l'article 118 doit se limiter aux paiements faits par le syndic en sa qualité de syndic, dans le cadre ou comme partie de, l'administration de la masse: Voir l'affaire de la Colonial Mfg. Co. (1934) 15 C.B.R. 244. Il ressort de cette affaire que les paiements faits par le syndic à une banque, non en sa qualité de syndic mais comme agent de la banque, ne sont pas soumis au prélèvement. Le cas de la Hart Equipment Co.(1957) 36 C.B.R. 103 (Ont.) illustre ce point. La compagnie débitrice possédait une usine et, conformément à un accord avec la banque, qui détenait une garantie en vertu de l'article 88 sur tout le stock en main, le syndic a continué l'exploitation de l'entreprise à compter de la date de la faillite jusqu'à celle de la première assemblée des créanciers. Le syndic et la banque avaient convenu que le syndic devait

utiliser le stock pour la fabrication de meubles et que la banque toucherait l'excédent ou la différence entre le produit des ventes et les dépenses d'exploitation. Le syndic a tenté d'exiger un prélèvement sur la somme ainsi payée à la banque. Ultérieurement, sur les instructions des inspecteurs de la masse, le syndic a obtenu une ordonnance de la Cour lui permettant de continuer l'exploitation du failli dans la mesure où cela était nécessaire à l'administration rentable de la masse. Au cours de cette période d'exploitation, le syndic a acheté directement à la banque une partie du stock en main donné en garantie en vertu de l'article 88 (Loi sur les banques), estimé à $26,168.84, et le paya de la même manière qu'il paya le stock acheté à d'autres marchands pour la fabrication. Il avait l'intention d'exiger de la banque un prélèvement sur cette somme également. Encore plus tard, le syndic a annoncé la vente de l'actif de la compagnie débitrice par voie de soumissions et, conformément à une entente avec la banque et avec son consentement, le reste du stock en main a été ajouté aux appels d'offres et a été subséquemment vendu, avec le consentement de la banque, à un acheteur, au prix global de $130,000 dont $36,900 représentaient la valeur du stock en main, somme agréée par la banque. Le syndic a aussi déduit le prélèvement sur cette dernière somme. La Cour suprême de l'Ontario a jugé que le prélèvement devait être payé par la banque:

> (a) sur la somme payée à la banque pour l'exploitation de l'usine à compter de la date de la faillite jusqu'à celle de la première assemblée des créanciers et
>
> (b) sur la somme de $36,900 payée par le syndic à la banque et représentant la valeur du stock en main vendu en son nom,

ces deux versements ayant été faits à la banque en tant que créancier dans le cadre et comme partie de l'administration de la masse et non en dehors de l'administration de la masse; ce cas est prévu par les mots "ou autrement" de l'article 106 (maintenant l'article 118). Puisque, toutefois, le versement de $20,168.84 n'a pas été fait à ce titre, il ne pouvait être soumis au prélèvement.

On a de même jugé dans l'affaire de la Banque Toronto-Dominion c. Druker (1957) 36 C.B.R. 39 (Québec) qu'au cas où une banque autorise le syndic à procéder à la vente des marchandises sur lesquelles elle détient une garantie en vertu de l'article 88, la banque est tenue de verser le prélèvement. Par

ailleurs, dans le cas où une banque a, avant la faillite, saisi les dettes actives qui lui avaient été remises par le failli conformément à l'article 88 et où le syndic a reçu l'argent des dettes et l'a remis à la banque, on a jugé que le syndic agissait seulement comme mandataire à titre gratuit de la banque, et aucun prélèvement n'était exigible: In re: Brookfield Const. Co. (1964) 5 C.B.R. (n.s.) 283 (N.-E.).

En règle générale, à un créancier privilégié qui réalise sa garantie de son propre chef, ou à qui un syndic, non en qualité de syndic mais de mandataire à titre gratuit, verse de l'argent ou à un créancier à qui une tierce personne, comme un acheteur des marchandises ou du terrain visés par la garantie, verse de l'argent directement, le syndic n'a pas le droit d'exiger le prélèvement légal. L'arrêt qui fait jurisprudence à cet égard est celui de la Prudential Finance Corp. Ltd., le Surintendant des faillites c. la J.R. Timmins & Co. (1968) 11 C.B.R. (n.s.) 138 (Cour d'Appel de l'Ontario). Dans ce cas, les défendeurs, qui sont courtiers en valeurs, détiennent des valeurs qui dépassent la dette de la compagnie en faillite et ils tentent de réaliser les valeurs en les vendant conformément à leur droit mais, à la suite d'une ordonnance de la Cour, ils ne peuvent le faire. Le syndic a ensuite racheté les valeurs et il s'agit de déterminer si les défendeurs doivent payer un prélèvement en vertu de l'article 106 (maintenant l'article 118). Le tribunal, observant que les défendeurs n'ont jamais déposé de réclamation, ni n'ont l'intention de le faire, au cours de la procédure de faillite et qu'ils se proposent de réaliser les valeurs eux-mêmes pour faire droit à leur réclamation, a estimé que le prélèvement prescrit par l'article 106 n'était pas exigible dans ce cas;

> "attendu que les défendeurs, possèdent une garantie amplement suffisante, ils n'ont pas besoin de déposer une réclamation; d'autre part, le syndic ne leur a évidemment pas fait de paiement en remboursement des valeurs, paiement par voie de dividende. Dans les circonstances de la présente affaire, bien que l'on puisse dire que le syndic, en exerçant son droit de racheter les valeurs que détient le créancier, paye la dette d'un créancier privilégié, ne paie pas la créance d'un créancier, il achète le droit d'un créancier privilégié sur les valeurs que détient le créancier privilégié de sorte que les autres créanciers qui ont déposé des réclamations

> contre la masse du failli peuvent bénéficier du droit du failli sur les valeurs et, pour ce faire doivent, évidemment, payer la dette ou le privilège du créancier privilégié. A mon avis, en ce qui concerne le créancier, sa position demeure inchangée que la vente des valeurs se fasse à un tiers ou au syndic. J'estime, tout comme le juge de première instance, que la distinction qui est faite dans certaines des causes, à savoir si la somme due au créancier est payée par le syndic ou assumée et payée par la personne à qui le syndic vend la garantie, n'est pas une distinction valable en ce qui concerne l'obligation de verser le prélèvement prévu à l'article 106.
>
> L'objet exprimé du prélèvement est de payer les dépenses du surintendant relatives aux opérations de faillite. Le libellé de l'article 106 qui limite le prélèvement aux paiements faits par le syndic quant aux dividendes et aux réclamations, lu en corrélation avec l'article 87(3), qui traite du paiement de la dette, non de la réclamation, d'un créancier privilégié, lorsque le syndic rembourse la garantie, et les premiers mots de l'article 95(1): "Sous réserve des droits des créanciers garantis", font ressortir clairement que l'intention de la loi est que seuls les créanciers tirant profit d'une faillite soient tenus de payer le prélèvement. Le créancier privilégié, dont la garantie représente une somme égale ou supérieure à sa dette et qui, par conséquent, ne dépose pas de réclamation pendant la procédure de mise en faillite, ne retire pas de profit de la faillite et a droit, lorsque le syndic rachète sa garantie, au paiement complet de sa dette sans déduction du prélèvement."
>
> (d'après le juge J.A. McKay, aux pages 143 et 144)

Il est ainsi clairement établi que si un créancier privilégié ne dépose pas de réclamation de faillite et que le syndic rachète la garantie, aucun prélèvement n'est exigible d'après l'article 118. Cependant, lorsque le créancier privilégié dépose sa réclamation et que le syndic choisit de racheter la garantie en payant la dette ou la valeur à laquelle la garantie a été évaluée, quelle est la situation? Se fondant sur l'article 87(3) (maintenant l'article 99(3)) et l'arrêt Skingley (1963) 5 C.B.R. (n.s.) 234 (Ont.) où il a été jugé qu'aucun prélèvement n'est exigible dans les circonstances, et

l'affaire Prudential Finance, il semble que même si le créancier privilégié dépose une réclamation, si le syndic choisit de payer la créance, le prélèvement prévu à l'article 118 n'est pas exigible. Voir les commentaires, 11 C.B.R. (n.s.) 144 et 145. (Observer que dans l'arrêt Skingley, le paiement n'a pas été fait par le syndic, mais par l'acheteur sur l'ordre du syndic; mais le juge d'appel McKay dans l'arrêt Prudential Finance a déclaré que ce n'est pas une distinction valable).

Le jugement est identique dans l'arrêt Performance Drilling Co. (1967) 10 C.B.R. (n.s.) 78 (Alb.), à savoir qu'un créancier privilégié n'est pas tenu de payer le prélèvement lorsque le syndic vend l'équipement sur lequel le créancier détient une hypothèque, et qu'avec le produit, il rembourse l'hypothèque, puisque le syndic ne vend que le droit de la masse sur les biens et que l'acheteur en fait rachète la garantie.

Dans l'affaire précédente, la Cour suprême de l'Alberta a posé en principe que les détenteurs du privilège d'employés sont des créanciers privilégiés en vertu de l'article 2(r) de la Loi sur la faillite et que le prélèvement n'est pas exigible sur les paiements faits par le syndic afin d'acquitter leurs créances. En outre, le fonds des détenteurs de privilèges en vertu de la Mechanics' Lien Act (Loi du privilège des employés) est un fonds en fidéicommis détenu par l'entrepreneur général, etc. et, par conséquent, le prélèvement n'est pas exigible. Aucun prélèvement n'est exigible, pour la même raison, lorsque le paiement est fait aux détenteurs de privilèges par les débiteurs de la masse du failli suivant les instructions du syndic en règlement de leur dette envers la masse. Ainsi que le déclare le juge Smily dans l'affaire Walter Davidson Co. Ltd. (No. 2) 36 C.B.R. 81 (Ont.) (1958), puisque le paiement et la répartition du fonds en fidéicommis ne rentrent pas dans le cadre de l'exercice des fonctions du syndic en qualité de syndic de la faillite, ce fonds bien qu'il soit peut-être la propriété légale du débiteur, n'est pas en réalité la propriété du débiteur quant à la répartition parmi les créanciers en vertu de l'article 39 (maintenant l'article 47) de la Loi sur la faillite; il permet cependant qu'une indemnité et les frais soient payés au syndic sur le fonds en fidéicommis; il accorde la même chose dans l'affaire Lennox Contractors Ltd. (No. 1) (1958) 38 C.B.R., pages 97 à 100.

Un prélèvement est exigible sur les paiements faits par le syndic en vertu d'une proposition de concordat, et il est payable même si la proposition est annulée par la Cour, étant donné les dispositions de l'article 43(4) ajoutées par le c. 32 art. 9 en 1966-67. Par conséquent, la décision dans la cause Re Trynor Construction Co. (1964) 6 C.B.R. (N.-E.) 98 (N.-E.), rendue en vertu des anciennes dispositions, ne s'applique plus.

4. Créances des salariés et autres employés

Le quatrième rang de l'ordre de priorité de la Loi sur la faillite concerne les salariés et les autres personnes au service du failli, jusqu'à un maximum de trois mois de salaire, etc., jusqu'à concurrence de $500, et, dans le cas d'un voyageur de commerce, un supplément de $300 au poste des dépenses ou des déboursés durant la même période. Le texte se lit ainsi:

Article 107(1)(d):

> "gages, salaires, commissions ou rémunération de tout commis, préposé, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier, pour services rendus au cours des trois mois qui ont précédé la faillite jusqu'à concurrence de cinq cents dollars dans chaque cas ; et, s'il s'agit d'un voyageur de commerce, les sommes que ce dernier a régulièrement déboursées dans et concernant l'entreprise du failli, jusqu'à concurrence d'un montant additionel de trois cents dollars dans chaque cas, pendant la même période ; et, pour les fins du présent alinéa, les commissions payables sur expédition, livraison ou paiement de marchandises, sont censées gagnées à cet égard durant la période des trois mois, si les marchandises ont été expédiées, livrées ou payées pendant cette période;"

Comme le signale le juge Tweedle dans l'affaire Gordean Furniture Co. (1923) 4 C.B.R. 237 (Alb.), cette priorité a pour but de protéger la catégorie de personnes qui dépendent de l'apport financier de leurs services personnels pour vivre, dans la mesure où celles-ci ont rendu de tels services au failli ou au cédant dans une période de temps précise. Pour la même raison, ces personnes qui se trouvent en relation ou en rapport étroit avec l'employeur failli et devraient être au courant de sa situation financière ou de son

crédit, sont exclues du présent article, et certaines d'entre elles sont reportées jusqu'à ce que tous les autres créanciers chirographaires aient été payés. Ces créances remises à plus tard feront l'objet d'un exposé dans une autre partie du présent document.

Le Comité d'étude estime que le délai de trois mois est bien suffisant puisque "les employés savent qu'ils ne sont pas rémunérés, et ils ne devraient pas induire indéfiniment les créanciers en erreur en travaillant à leurs frais, lorsque le failli laisse entrevoir l'éventualité d'une faillite par sa lenteur à payer". De l'avis du Comité, il est "raisonnable" de limiter la période à trois mois, mais il propose "que le montant privilégié soit porté à mille dollars pour tenir compte de la dépréciation du dollar". (p. 123, par. 3-2-072).

Parmi les problèmes rencontrés dans ce secteur de priorité, mentionnons la détermination des catégories de personnes ayant droit à être privilégiées et le genre de services rendus au failli.

L'article indique clairement qu'il englobe les personnes au service du failli et non pas celles qui lui rendent des services en vertu d'un contrat de service. Dans la langue juridique, les premiers sont appelés "employés" et les derniers, "entrepreneurs indépendants". Quant à savoir à quelle catégorie appartient le réclamant, disons que la question a été soumise aux tribunaux à plusieurs reprises,et ceux-ci ont eu tendance à donner une interprétation libérale de la priorité.

Il est maintenant bien établi que l'emploi du réclamant en exclusivité par le failli, constitue un élément important, mais non concluant. On soutient dans l'affaire Hercules Rubber Co. ex parte Lambe (1922) 3 C.B.R. 121 (Ont.) qu'un voyageur de commerce qui travaille non seulement pour le débiteur, mais aussi pour le compte d'autres compagnies, a droit d'être privilégié, et, dans l'affaire Kenny c. Davidson Lumber Co.(1922) 3 C.B.R. 206 (n.s.), un médecin qui a été engagé par une compagnie de bois d'oeuvre pour traiter les employés et veiller sur leur santé dans les camps de bûcherons, est considéré comme employé, même s'il peut soigner des gens de l'extérieur. De même, dans

l'affaire Gordean Furniture Co. (mentionnée auparavant) et dans l'affaire Kellerman, ex parte Goldenberg (1933) 15 C.B.R. 197 (Ont.), un comptable qui vérifie la tenue des livres du débiteur, moyennant des honoraires mensuels, est considéré comme employé, bien qu'il exerce des fonctions similaires dans d'autres sociétés.

Le deuxième critère important, mais non concluant, est l'ampleur du contrôle qu'exerce l'employeur failli sur le requérant. Comme le signale le juge Masten dans l'affaire Parkin Elevator Co. 37 O.L.R. 277, à la page 286,

> "une personne qui est sous le contrôle et la direction de l'employeur quant à la façon de faire son travail, est un employé, tandis qu'un entrepreneur indépendant choisit la façon de faire son travail."

Ce critère est plus facile à énoncer qu'à appliquer dans la pratique,comme il ressort des exemples suivants:

(i) Un voyageur de commerce qui ne vend pas exclusivement pour la compagnie débitrice et reçoit des commandes d'autres entreprises, mais dont le territoire est limité et les commandes déjà notées doivent être acceptées par le débiteur, a le droit d'être privilégié: In re: Hercules Rubber Co. (mentionnée ci-dessus).

(ii) Un voyageur de commerce qui a le droit de vendre à commission les marchandises du débiteur, sans être obligé de les vendre, et qui ne dépend nullement de l'autorité du débiteur, n'a pas le droit d'être privilégié: In re: Specialty Bags Co. ex parte Lamb (1922) C.B.R. 617 (Ont.),confirmé 4 C.B.R. 276.

(iii) Un requérant qui doit toucher $25 pour obtenir des permis d'exploitation de pompes à essence pour la compagnie débitrice, n'est pas considéré comme un employé, puisqu'il peut faire le travail à son gré: In re: Phillips Sons Ltd. ex parte Duthie (1923) 4 C.B.R. 184 (Ont.)

(iv) Une infirmière diplômée qu'a demandée le médecin de service pour donner des soins infirmiers sous sa direction, n'est pas considérée comme une employée, mais comme un entrepreneur indépendant, et par le fait même, n'a pas droit à la priorité: In re: Livingston, ex parte Dack (1941) 22 C.B.R. 334 (Ont.)

Le troisième critère qui est souvent utilisé, mais n'a pas force probante, consiste à déterminer si le réclamant travaille régulièrement pour le failli, dans le cadre d'un horaire fixe, etc., ou s'il n'a qu'un emploi intermittent: l'affaire Gordean Furniture Co. (mentionnée auparavant).

D'après ces données de base, on a jugé dans l'affaire Haun (1931) 13 C.B.R. 1 (Ont.), qu'il n'y a pas lieu d'accorder une priorité à un requérant qui s'était associé pour utiliser un camion et un excavateur à vapeur, du fait que le travail est intermittent; par contre, dans l'affaire Kellerman (mentionnée auparavant), on estime qu'un comptable qui doit réviser les livres du débiteur quatre ou cinq fois par mois, a le droit d'être privilégié.

On peut également recourir à un autre critère, à savoir si le requérant travaille à salaire fixe, mais ce critère n'est pas aussi important que les précédents: l'affaire Gordean Furniture Co. (mentionnée ci-dessus).

Après avoir jugé que le requérant a le droit d'être privilégié pour les services rendus, il devient important de déterminer à quoi s'appliquent les privilèges. Il est dit au paragraphe en question que la préférence est accordée aux "gages, salaires, commissions ou rémunération". On admet que les "gages" comprennent les congés gagnés durant ladite période de trois mois: dans l'affaire S.A. Baker & Son Ltd. (1951-1962) 32 C.B.R. 147 (Ont.), l'affaire Gadoury (1970) C.S. du Québec 353. Les services doivent être rendus au failli, de sorte qu'une créance de gages qui est payée par une autre personne, ne peut pas être privilégiée: l'affaire Rousseau 27 C.B.R. 121 (S.C.C.), (soit le cas d'un maître maçon qui a convenu de fournir la main-d'oeuvre à l'entrepreneur failli et qui paie les gages de ses ouvriers, qui n'est pas considéré en priorité, parce que les services pour lesquels il paie des gages ne sont pas rendus au failli). De même, un directeur d'une société faillie, dans l'affaire H.J. Logan Co. (1926) 7 C.B.R. 325 (Ont.),n'est pas privilégié pour les sommes qu'il a avancées comme gages.

Il doit y avoir un arriéré de gages: ainsi, un employé qui est remercié de ses services par son employeur en raison d'une faillite, mais qui a touché tous ses gages à la date de la faillite, n'a pas droit d'être privilégié; sa réclamation pour cessation anticipée d'emploi ne peut être reçue que comme une créance non garantie: l'affaire Steel Service Ltd., Jacobs c. le syndic (1935) 16 C.B.R. 238 (Ont.). Le droit du Québec semble différent: dans l'affaire N.A. MacDonald Co. 3 C.B.R. 520 qui établit qu'au Québec, si un employé lié par contrat est renvoyé à tort, il a droit de toucher le salaire qui lui est dû en vertu du contrat, moins tout montant gagné ailleurs. Il faut remarquer que si une réclamation de salaire est réduite lors du jugement, la préférence se trouve perdue: dans l'affaire Ridgewood Golf Club Ltd. (1933) 15 C.B.R. 34 (N.-B.), mais si l'employé accepte un billet à ordre pour ses gages, il ne perd pas sa priorité: l'affaire Dean, ex parte Kear (1931) 12 C.B.R. 377 (Ont.), où il ne perdrait sa priorité simplement parce qu'il a le privilège de l'employé dans l'affaire Reeve-Dobie Mines Ltd. (No. 2) (1920-1921) 1 C.B.R. 540 (Ont.). Une telle demande de traitement de faveur est assujettie à toute entente en vertu de laquelle l'employé accepte ses gages sous quelque autre forme, par ex. des actions: dans l'affaire Hercules Rubber Co. (lorsque la moitié de la commission d'un voyageur de commerce est payable en actions d'une société à responsabilité limitée, il est jugé que cette portion n'était pas considérée en priorité), ou des prêts: arrêt Economic Ready to Wear Co. (1921-1922) 2 C.B.R. 130 (Ont.) (il est décidé qu'un employé ne peut faire considérer en priorité la moitié de ses gages qu'il accepte de prêter à la compagnie).

Les voyageurs de commerce ont droit à un supplément de $300 pour des déboursés faits ou engagés dans une période de trois mois. Les frais des autres personnes ne sont pas remboursés par ce supplément, mais si ces gens ont droit à un supplément à leurs gages, en vertu de leur contrat, elles peuvent réclamer une "rémunération", pour autant que la somme totale réclamée comme gages et déboursés n'exède pas $500.

Sous la rubrique de la "rémunération", une personne peut réclamer des dépenses, des "avantages sociaux", etc. Dans l'affaire Canadian Display & Exhibition Ltd. (1969) 12 C.B.R. (n.s.) 180, la Cour suprême de l'Ontario a soutenu que le terme "rémunération" englobe tout revenu qu'un employeur accorde à un employé ou dont il lui permet de bénéficier pour des services rendus par l'employé: ainsi, la Cour a jugé que ce terme comprend les sommes

que les employeurs doivent verser à un régime de bien-être d'un syndicat, qu'il s'agisse de "gages" ou non.

Signalons que la période de trois mois dont il est fait mention dans l'article se rapporte aux trois derniers mois précédent la faillite et non pas aux gages de n'importe quelle période de trois mois.

Le syndic doit également connaître les dispositions du droit des compagnies qui s'appliquent aux sociétés constituées en corporations par les gouvernements fédéral ou provincial, dispositions qui confèrent une responsabilité conjointe et solidaire aux administrateurs en ce qui concerne les gages de six mois (sans que le montant ne soit frappé d'aucune limite), mais les directeurs, dans certains cas, peuvent être subrogés dans les droits des personnes rémunérées. La Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32, art. 99, stipule ce qui suit:

> (1) Les administrateurs de la compagnie sont conjointement et solitairement responsables envers ses commis, ouvriers, serviteurs et apprentis, de toutes dettes, jusqu'à concurrence de six mois de salaire, en raison de services accomplis pour la compagnie pendant leur administration respective.
>
> (2) Un administrateur n'est pas responsable en vertu du paragraphe (1) à moins que
>
> a) la compagnie n'ait été poursuivie pour la dette dans les six mois après que celle-ci est devenue exigible et que le bref d'exécution n'ait été rapporté insatisfait en totalité ou en partie, ou que
>
> b) la compagnie, pendant cette période, n'ait fait faillite ou n'ait reçu l'ordre d'être liquidée en vertu de la Loi sur les liquidations, ou n'ait fait une cession autorisée en vertu de la Loi sur la faillite, ou qu'en vertu de la Loi sur la faillite une ordonnance de séquestre n'ait été rendue contre elle et qu'une réclamation de cette dette n'ait été régulièrement déposée et prouvée,
>
> ni à moins qu'il ne soit poursuivi pour cette dette pendant qu'il est administrateur ou dans l'année après qu'il a cessé d'être administrateur.

(3) Si un bref d'exécution a été ainsi émis, le montant recouvrable à l'encontre de l'administrateur doit être le montant restant insatisfait à l'égard de ce bref.

(4) Si la réclamation de cette dette a été prouvée dans des procédures en liquidation ou sous le régime de la Loi sur les liquidations ou de la Loi sur la faillite, un administrateur, sur paiement de la dette, a droit à toute priorité à laquelle le créancier payé aurait eu droit, et lorsqu'un jugement a été recouvré, il a droit à une cession du jugement."

Des dispositions similaires se trouvent dans la Business Corporations Act (Loi des sociétés commerciales) de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 53, art. 139, dans la Companies' Act (Loi des compagnies) de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, chap. 131, art. 112 et 266(5), dans la Companies' Act (Loi des compagnies) du Manitoba, R.S.M. 1970, chap. C-160, art. 95, et dans la Companies' Act (Loi des compagnies) de l'Alberta, R.S.A. 1970, chap. 60, art. 77 (la loi de l'Alberta ne contient aucune disposition portant sur la subrogation).

5. Taxes municipales

L'article 107(1)(e) de la Loi sur la faillite accorde aux municipalités le cinquième rang dans l'ordre de priorité, en matière de taxes établies ou perçues à l'encontre du failli dans les deux années qui précèdent sa faillite, à condition que ces taxes:

(a) "ne constituent pas un droit ou charge privilégié sur les biens immobiliers du failli" et qu'elles

(b) "ne dépassent pas la valeur de l'intérêt du failli dans les biens à l'égard desquels les taxes, telles que déclarées par le syndic, ont été imposées".

Dans son rapport, le Comité d'étude ne voit pas pourquoi une municipalité serait traitée différemment de tout autre créancier et recommande l'abolition de la priorité.

> "Une municipalité a, pour se protéger, les mêmes moyens que les autres créanciers et ne devrait pas pouvoir exiger des créanciers d'un contribuable failli qu'ils paient les taxes que ce dernier n'a pas payées" (paragraphe 3.2.073, page 123).

En plus de percevoir des impôts fonciers et commerciaux, pour les fins générales de procurer des recettes à la municipalité, les entreprises municipales obtiennent des fonds en percevant des taxes et des frais de service pour la fourniture de l'électricité, de l'eau, du téléphone et d'autres services. Plusieurs problèmes relatifs aux taxes d'affaires, aux taxes municipales et aux frais de service se posent. Les taxes d'affaires sont en réalité une forme d'impôt sur les affaires, l'entreprise commerciale ou la profession du failli, mais reposent en général sur des biens fonciers, soit possédés, soit simplement loués par la personne en faillite. Si la taxe est considérée comme un impôt foncier, l'article limite alors la somme qui peut être réclamée au droit du failli sur les biens. Ainsi, le syndic de faillite d'un propriétaire foncier qui fait affaires sur la propriété qui lui appartient doit accorder priorité à la municipalité, à condition que la taxe d'affaires ne soit pas assortie d'un privilège ou d'une charge privilégié (c'est-à-dire que la municipalité ne soit pas déjà un créancier privilégié). Toutefois, si le propriétaire de l'entreprise commerciale assujetti à l'impôt n'est qu'un locataire, la priorité à accorder est fonction de l'importance du droit que possède le locataire sur les biens, qui est généralement nul puisque beaucoup de baux se trouvent résiliés lors de la faillite du locataire. Ce n'est que lorsque le syndic est autorisé à vendre le bail qu'on peut constater la présence d'un droit valable, dans la mesure duquel on peut privilégier la municipalité. Dans un cas d'espèce faisant autorité, celui de In re: Harrison's Limited (1953) 33 C.B.R. 182 (C.-B.), la Cité de Vancouver a prétendu que la taxe d'affaires imposée constituait un impôt personnel et non un impôt foncier, et que la Cité devait être privilégiée en dépit du fait que la propriété foncière sur laquelle cette taxe était fondée ne possédait plus aucune valeur. En rejetant la demande de la Cité, le juge Clyne a conclu que, étant donné que le droit du failli sur les biens était nul, la réclamation de la Cité devait être celle d'un créancier chirographaire. Cette décision fut suivie par le juge Smily dans In re: Toronto Permanent Furniture Showrooms Co. Ltd. (1960) 1 C.B.R. (n.s.) 16 (Ont.).

Selon l'article 7 du chapitre 32 de l'Assessment Act (Loi d'imposition) de l'Ontario, R.S.O. 1970, les taxes d'affaires ne grèvent pas la propriété foncière (paragraphe (4)) et, par conséquent, doivent se conformer aux dispositions de la Loi sur la faillite concernant les priorités ou autres points.

Dans un arrêt récent, Cité d'Edmonton & Cité de Calgary c. McMullen, syndic de faillite de Bates Electric Ltd. (1972) 6 W.W.R. 541, la Cour suprême de l'Alberta a jugé que les dispositions du Municipal Corporations Act of Alberta (Loi des entreprises municipales de l'Alberta) accordant aux municipalités un privilège ou charge privilégié sur les biens personnels d'un failli en ce qui concerne les taxes d'affaires y afférentes entraient en conflit avec l'article 107(1)(e) et l'article 51(4) et ne pouvaient donc être appliquées; par conséquent, la municipalité ne pouvait qu'occuper le rang de créancier privilégié selon l'ordre énuméré à l'article.

Les taxes et frais de service imputés au consommateur pour les services publics, et auxquels les lois provinciales peuvent accorder une priorité ou qu'elles peuvent considérer comme une charge sur tous les effets personnels, n'ont pas un rang meilleur dans l'ordre des privilèges établi lors d'une faillite. Dans le procès albertain mentionné plus haut, on a jugé qu'on ne peut accorder la priorité de l'article 107(1)(e) à d'autres avantages privilégiés que ceux qui sont énoncés dans cet alinéas, et que la municipalité ne peut qu'occuper le rang de créancier chirographaire. Il faut noter que ces services peuvent être rangés dans la catégorie des "nécessités de la vie", comme en a conclu la Cour d'Appel de l'Ontario lors du procès Consumer's Gas Co. c. Schmidt et autres (1971) 3 O.R. 431 et, dans ce cas, la dette n'est pas liquidée lors de la faillite. Mais il semblerait qu'une telle dette ne constitue pas un droit qui peut être prouvé, sinon il paraîtrait intolérable d'avoir deux moyens à sa disposition.

Lorsque ces services publics sont fournis par une corporation de la Couronne constituée selon des lois qui en font un agent de la Couronne, la priorité est établie à l'article 107(1)(j). Voir l'article du 4 C.B.R. (n.s.) 11.

Les municipalités assujetties aux lois appropriées peuvent avoir un droit privilégié sur l'actif, les biens fonciers ou mobiliers du failli; mais pour se classer dans la catégorie des "créanciers privilégiés", leurs droits doivent avoir été concrétisés à la date de la faillite par l'accomplissement d'actes juridiques requis par la loi (saisie, inscription, etc.); sinon, les droits du syndic prévalent et la municipalité doit revendiquer une priorité ou autres en vertu de la Loi sur la faillite.

6. Créance du propriétaire en matière de loyer

Un propriétaire vient au sixième rang en vertu de l'article 107(1)(f) pour les arriérés de loyer durant une période de trois mois précédant la faillite, et pour le loyer perçu par anticipation pour une période n'excédant pas trois mois après la faillite, s'il y a droit en vertu du bail. L'ordre de priorité est acquis sous réserve des conditions suivantes:

(a) le montant total exigible au titre des arriérés de loyer et des loyers perçus par anticipation "ne doit pas dépasser la somme réalisée à même les biens sur les lieux sous bail", et

(b) "tout paiement fait pour loyer perçu par anticipation doit être porté au compte du montant payable par le syndic pour loyer d'occupation".

Dans cette partie du mémoire, seuls sont étudiés les problèmes relatifs à l'ordre de priorité dont bénéficie le propriétaire. Une étude complète des droits et obligations des propriétaires et des locataires et de la manière dont ils sont touchés par la Loi sur la faillite est présentée par ailleurs au colloque et nous n'y reviendrons pas.

Un propriétaire n'est pas un "créancier garanti" en vertu de la Loi sur la faillite en ce qui concerne sa créance au titre des arriérés de loyer: Affaire Gingras Automobile Ltée (1962) R.C.S. 676, 4 C.B.R. (n.s.) 123. Il n'est pas nécessaire qu'il existe un bail en bonne et due forme entre propriétaire et locataire pour réclamer des arriérés de loyer; mais il doit y avoir existé des liens de propriétaire à locataire entre le propriétaire et le failli. L'étude mentionnée ci-dessus étudie la manière dont ces liens peuvent être

établis. Cependant, pour pouvoir réclamer un loyer perçu par anticipation à cause de la résiliation prématurée du bail due à la faillite, le bail doit conférer un droit explicite à cet égard, ce qui implique l'existence d'un document écrit satisfaisant aux exigences formelles définies par la loi: affaire Greenstein (1966) 9 C.B.R. (n.s.) 10. Si le bail ne comporte pas de dispositions prévoyant la perception de loyers par anticipation, aucun loyer perçu par anticipation n'est exigible lors d'une faillite; si le bail prévoit un tel droit pour moins de trois mois, le propriétaire n'a droit qu'à ce que lui accorde le bail. Ainsi dans l'affaire Modernophone (Can.) Ltée. ex parte Bloor Bldg Co. (1960) 1 C.B.R. (n.s.) 40 (Ont.), il a été jugé que lorsque le failli occupe les lieux mais qu'il n'a pas qualité de preneur et que le bail ne lui a pas été transféré, le propriétaire ne peut réclamer de loyer par anticipation. Voir également l'affaire Block; Crossroads Shopping Center Ltée. c. Copeland 12 C.B.R. 232. De plus, dans l'affaire Walker (1961) 1 C.B.R. (n.s.) 245 (Ont.) il a été jugé que lorsqu'il n'existe pas de bail, mais seulement une promesse de location accompagnée d'un début d'exécution par suite de l'entrée dans les lieux et de l'occupation, il ne peut y avoir aucune réclamation de loyer ou de taxes perçus par anticipation, parce que les dispositions relatives aux loyers et aux taxes perçus par anticipation ne constituent pas des conventions habituelles et que le bail implicite admis par la loi ne les sous-entend pas.

Dans le cas de l'affaire West-end Co-operative Society Ltée (1920-1921) 1 C.B.R. 513 (Ont.), on a fait remarquer qu'un loyer perçu par anticipation ne constitue pas en réalité une somme exigible à titre de loyer pour les trois mois suivant la faillite. Il s'agit d'une somme supplémentaire équivalant à 3 mois de loyer, exigible en raison de l'abandon des lieux par suite de la résiliation soudaine. Elle est prévue pour indemniser le propriétaire du risque de la non-occupation résultant de la perte de son locataire. Si dans certains cas particuliers, le propriétaire est assez heureux pour trouver immédiatement un autre locataire il n'est pas obligé de tenir compte des quelques avantages qu'il peut en avoir retiré.

Lors du calcul de loyer perçu par anticipation, la date de la faillite doit être prise comme date de départ. Par conséquent, si un loyer a été payé d'avance pour une période se terminant après la faillite, il doit être déduit des sommes exigibles au titre de loyer perçu par anticipation. Dans le cas de l'affaire Houle (1924-1925) 5 C.B.R. 365 (Ont.), le transfert a été fait le

3 octobre et la totalité du loyer a été payée le 1 novembre; il a été jugé que les 3 mois doivent être calculés à partir du 3 octobre et non du 1 novembre.

Dans l'affaire Clayton's Women's Wear Ltée (1932-1933) 14 C.B.R. 361 (Ont.) la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que si le bail prévoit qu'en cas de faillite, le mois en cours et les trois mois suivants sont dus, en tant que loyer perçu par anticipation, le propriétaire a le droit de louer à partir de la date de la faillite jusqu'à l'échéance du loyer et les trois mois suivant cette date. Ainsi, si la requête a été déposée le 24 septembre et que le loyer est exigible en vertu du bail le 27 septembre, le propriétaire a le droit de louer pour la période de quatre jours et trois mois suivant le 27 septembre. En application de l'article 107(1)(f), cependant, cela ne fait aucune différence si le loyer devient exigible parce que le loyer, en vertu des Lois sur la répartition (voir étude sur les propriétaires et les locataires), est exigible à la journée, dans ce cas, les trois mois sont calculés à partir de la date de transfert ou de la date de la requête selon le cas. Cela paraît être désormais établi par la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Gingras Automobile Ltée (voir auparavant). Voir également l'affaire Robert M. Parry Sales Ltée (1970) 14 C.B.R. (n.s.) 127 (Ont.).

Pour que le propriétaire se voit attribuer un rang prioritaire, il doit exister des biens de valeur suffisante dans les lieux loués pour faire face à cette créance. On interprète généralement que cela signifie qu'il doit y avoir des biens "saisissables" puisque ce qui justifie le rang prioritaire accordé au propriétaire est la perte de son droit normal de saisie. Voir l'affaire Walsh (1924) 5 C.B.R. 27 (Ont.). Cela résulte également des dispositions de l'article 51(4) qui oblige le propriétaire à remettre immédiatement au syndic les biens saisis ou les sommes en provenance moins les frais de la saisie et de la vente. La Cour suprême dans l'affaire Gingras Ltée,(citée ci-dessus), a jugé que "les sommes payables par priorité sont limitées aux sommes d'argent provenant de la réalisation des biens se trouvant sur les locaux loués" (4 C.B.R. (n.s.) 127). Dans l'affaire Lawson (1925) 7 C.B.R. 216 (Ont.), un créancier, ayant saisi des biens mobiliers, a enlevé tous les meubles des locaux du propriétaire avant la faillite. Il a été jugé que, puisqu'il n'existe aucun bien dans les locaux à la date de la faillite, le propriétaire n'a pas de créance privilégiée. La situation du propriétaire n'aurait pas été changée quand bien même la saisie aurait été déclarée nulle ultérieurement par les tribunaux.

Lorsqu'il existe des conventions avec le locataire pour qu'il paye des taxes en vertu du bail et que le bail prévoit que le propriétaire a le droit de recouvrer les taxes dans les mêmes conditions que le loyer, la priorité accordée au loyer par cet article s'applique également aux taxes: affaire Robert M. Parry Sales Ltée (1970) 14 C.B.R. (n.s.) 127 (Ont.); Affaire Nat.Piano Co. (1931) 12 C.B.R. 52 (Ont.); Affaire Stanley Mills Co. ex parte Grafton & Co. (1925) 5 C.B.R. 292 (Ont. CA); Boone c. Martin (1920) 47 O.L.R. 44. De même, si le chauffage et les impôts sont payables au titre du loyer, ils doivent être de plein droit compris dans la priorité: Affaire Stanley Mills Co. (1925) 5 C.B.R. 292, mais ce n'est pas le cas si les conventions concernant le chauffage et les taxes sont distinctes et séparées: Affaire Crystal 7 C.B.R. 345. La Cour supérieure du Québec dans l'affaire Can. Mfg (1961) Inc. G.E. Schnier Co. c. Gagnon (1969) C.s. du Québec 353 a jugé que les taxes font partie du "loyer" en vertu du droit du Québec et que, par suite, ils sont compris dans le privilège; les dispositions contraires de la Common Law ne sont pas applicables au Québec.

Dans l'affaire National Piano Co. (1930-1931) 12 C.B.R. 52 (Ont.), le bail ne contient aucune disposition relative au paiement des taxes dans le loyer, mais une clause vise le cas de la faillite et précise que dans le cas de la faillite, les taxes pourraient être recouvrées au même titre que les loyers. Il a été jugé que les taxes font partie des créances bénéficiant d'un privilège. Le même principe de répartition que dans le cas des loyers, tel qu'il a été défini ci-dessus, s'applique aux taxes, de telle sorte que les taxes sont exigibles au jour le jour et doivent être réparties de la même manière que le sont les loyers; Affaire Mussen's Ltée (1932-1933) 14 C.B.R. 479 (Ont.).

Dans le cas de l'affaire Champion Machine & Tools Co.Ltée (1971) 15 C.B.R. (n.s.) 136 (Ont.), le bail stipule que le loyer est exigible et payable le 15 de chaque mois et les acomptes de taxes conformément aux conditions de paiement des taxes municipales. Un dépôt de garantie est effectué entre les mains du bailleur pour garantir l'exécution de toutes les clauses du bail. Le paiement du loyer du mois en cours et du loyer des trois mois suivants est prévu en cas de faillite. Le dépôt de garantie doit cependant être acquis au bailleur

en cas de non-exécution des conditions du contrat. Le locataire a déposé une requête le 22 septembre et une ordonnance de séquestre est prononcée le 2 octobre. Le bailleur prétend avoir droit à un rang privilégié pour une somme égale à 3 fois le loyer mensuel plus un quart des taxes municipales dues pour l'année en cours en tant que loyer perçu par anticipation et aux arrérages de loyers pour le mois de septembre. Le syndic de faillite soutient que la masse doit payer au titre de créance privilégiée les arrérages de loyer pour la période, les arriérés de taxes exigibles comme loyers de juin à septembre et que le solde est égale au montant du dépôt de garantie après dépôt de la requête par le locataire en faillite. Il a été jugé que, bien qu'un mois de loyer soit devenu exigible le 15 septembre, l'article 107(1)(f) de la Loi sur la faillite autorise le locataire à porter à son crédit pour couvrir les sommes dues en raison de l'occupation des lieux, tout paiement fait au titre des loyers perçus par anticipation. De plus, le dépôt de garantie doit être porté par le bailleur au compte des loyers perçus par anticipation. Les affaires Abraham et Sobies ont été distinguées parce que dans ces cas, le syndic réclame une compensation avec les loyers payés d'avance tandis qu'en l'espèce, seul le dépôt de garantie doit être perçu lorsque l'événement, dans ce cas la faillite, se produit. Le dépôt de garantie ne devient pas la propriété totale du bailleur à la différence des deux cas mentionnés. Il a été jugé que les taxes foncières municipales s'accumulent au jour le jour, mais avec un plafond de 91 jours de taxes ayant le caractère d'arriérés de loyer, le bailleur étant reconnu comme créancier non privilégié pour le solde des taxes.

Loyer pour occupation des lieux

L'article ne mentionne pas l'obligation du syndic de payer un loyer pour occupation des lieux, et en vertu de l'article 117, le droit provincial pertinent est applicable. Evidemment, le loyer pour occupation ne constitue pas une dette imputée au failli et le propriétaire n'est pas obligé de faire la preuve du bien-fondé de sa créance pour le loyer d'occupation. Un séquestre intérimaire qui prend possession des lieux loués est considéré agir pour le compte du failli jusqu'à ce que soit rendue l'ordonnance nommant un syndic, et il n'est pas tenu de verser un loyer au propriétaire pour la durée de son occupation des lieux. Mais le failli doit ce loyer. Voir Affaire Soren Bros (No 2) (1926) 7 C.B.R. 545 (Ont.). Le syndic peut cependant se rendre personnellement responsable d'un loyer pour occupation des lieux, lorsqu'il a une garantie du failli pour le payer en son nom. Affaire Block:

Crossroads Shopping Centre Ltée c. Copeland (1969) 12 C.B.R. (n.s.) 232 (Man.). Le fait de savoir si le syndic "occupe" et s'il doit par suite payer un loyer dépend des circonstances particulières de chaque espèce: Affaire Duplessis; Chatel c. Savage (1972) 15 C.B.R. (n.s.) 270 (Qué.). Dans le cas Rosen et Cohen c. Archambault (1959) 37 C.B.R. 184 (Qué.), la Cour a jugé qu'un syndic qui n'a pas de travail à faire et qui n'occupe pas les lieux ne peut devoir un loyer pour occupation. La Cour a souligné qu'entre la date d'un transfert et la première assemblée des créanciers, le syndic ne se trouve en possession que sur instructions du séquestre officiel et qu'il ne peut abandonner les lieux jusqu'à ce que des inspecteurs aient été nommés. Après nomination des inspecteurs, le syndic a droit à une certaine période pour "faire le tour" du problème et pour décider s'il doit transférer le bail ou y renoncer. D'autre part, il ne peut conserver indéfiniment la location sans être redevable d'un loyer pour occupation. Il s'agit d'une question de fait pour laquelle la décision est fonction de chaque cas. Voir également l'affaire Block; Crossroads Shopping Centre Ltée c. Copeland (voir ci-dessus). L'obligation de payer un loyer pour occupation entrerait probablement dans les "frais d'administration" du syndic et bénéficierait du privilège reconnu par l'article 107(1)(b). En vertu de l'article 107(1)(f); cependant, le syndic a le droit d'imputer son "loyer pour occupation" sur demande présentée par le propriétaire pour les loyers perçus par anticipation si de tels loyers sont exigibles en vertu du bail. L'obligation du syndic, en ce qui concerne le loyer pour occupation, comme créance non privilégiée, n'entre pas dans le cadre de cet article, mais l'opinion générale est que lorsqu'un syndic ne peut pas agir par compensation parce que le bail ne prévoit pas le paiement de loyer par anticipation et que les lieux lui sont normalement nécessaires pour l'administration de la masse de la faillite, il aurait le droit de réclamer le montant de ce loyer en tant que "frais d'administration". Cela peut paraître accorder au propriétaire un rang plus avantageux aux dépens des autres créanciers privilégiés, mais cela semble raisonnable puisque les lieux loués continuent à être occupés par le syndic de faillite jusqu'à ce qu'ils soient abandonnés et que le propriétaire est alors privé de toute possibilité de limiter sa perte.

Le loyer pour occupation ne peut être imputé sur le loyer payé d'avance parce que l'article 107(1)(f) n'en dispose pas ainsi, il ne peut être imputé que sur les arriérés de loyer ou le loyer payé par anticipation, si le bail le prévoit (voir In Re Sobies Ltée 4 C.B.R. (n.s.) 44 (Qué.). La loi sur la faillite n'interdit pas au propriétaire d'accepter à l'avance et de conserver plus de trois mois de loyer; ceci est régi par la loi provinciale et, comme le souligne le Rapport sur le propriétaire et le locataire, ce n'est que pour les loyers de locaux à usage de résidence dans certaines provinces qu'il existe une législation sur les loyers payés d'avance ou sur les dépôts de garantie. Voir Re Sills; Tidy c. Merkur (1956) 35 C.B.R. 217, où la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les dispositions qui instituent un privilège légal en faveur du propriétaire ne peuvent l'emporter sur un contrat exprès passé entre les parties à une date où le locataire (débiteur) était solvable. Le loyer payé d'avance est une avance faite au propriétaire, avec l'entente que lorsque le loyer sera exigible, le montant avancé sera utilisé pour le payer: Re Nicholls c. Saunders (1870) L.R. 5 C.P. 589; Aikenhead c. Spivak (1931) 2 W.W.R. 721 (C.A. du Man.); Cavell c. Canada Dry Ginger Ale Ltée (1945) O.W.N. 799. Si la somme payée d'avance constitue, d'après le bail, des dommages-intérêts liquidés en relation avec la faillite du locataire, le tribunal ne peut imputer cette somme payée sur les loyers payés par anticipation: In Re Sobies Ltée (voir ci-dessus); Re Abraham (1926) 7 C.B.R. 191 (C.A. de l'Ont.), et s'il n'existe pas d'arriéré de loyer à la date de la faillite, la somme appartient certainement au propriétaire.

La préférence pour trois mois d'arriérés de loyer et trois autres mois de loyer payés par anticipation signifie ce qu'elle veut dire; le propriétaire ne peut réclamer de ce chef, des dommages-intérêts pour le bien loué, ni inclure toute autre réclamation pour des sommes qu'il a payées pour le compte du locataire, par exemple pour des taxes (à moins qu'elles ne soient recouvrables comme loyer), ni pour une perte subie en raison de la cessation prématurée du bail. Ces créances n'ont aucune priorité, mais le propriétaire a droit à être classé parmi les créanciers chirographaires pour recevoir un dividende.

La priorité du propriétaire peut être réclamée par le créancier hypothécaire du terrain s'il a droit au loyer en vertu d'une clause de transfert de l'hypothèque: Re Porter and Canadian Bank of Commerce (1930) 11 C.B.R. 219 (Alb.).

Le syndic a le droit de bénéficier de tous les droits conférés au locataire failli par le bail et par les lois provinciales, et en vertu de ce droit, il peut céder ou vendre le bail au profit des créanciers, s'il y a avantage à le faire; et si des dommages-intérêts sont dus au locataire failli en raison du défaut du propriétaire d'honorer ses obligations, il peut les imputer sur la créance du propriétaire.

Le Comité d'étude a étudié les raisons qui justifient la priorité du propriétaire et, dans son rapport, il a accepté le principe que "l'intérêt d'un débiteur, qui espère échapper à la faillite, commande que son propriétaire n'engage pas, à la première occasion, de procédures pour mettre fin au bail". D'autre part, ceci revient cependant à permettre au propriétaire de "ne pas intenter des procédures contre un locataire en faillite, et à se dédommager par la suite aux dépens des autres créanciers". Tout bien pesé, cependant, le Comité estime que "il est justifié de maintenir la priorité du locateur quant aux arriérés de loyer durant trois mois qui précèdent la faillite, mais que la priorité pour loyer perçu par anticipation pour une période de trois mois après la faillite n'a aucune raison d'être; . . . que cette dernière soit abolie". (page 122).

Une grande partie de la discussion précédente est de peu d'importance dans le cas des locations à usage résidentiel, en raison des réformes récentes adoptées dans plusieurs provinces et à l'étude dans d'autres provinces. En vertu de l'article 97 de l'Ontario Landlord & Tenant Act (Loi du propriétaire et du locataire de l'Ontario), R.S.O. 1970, chap. 236, art. 97, un locataire peut être libéré par le tribunal des arriérés de loyer perçu par anticipation et de ses obligations en vertu du bail. Le Manitoba a une législation semblable: Landlord & Tenant Act (Loi du propriétaire et du locataire), R.S.M. 1970, chap. L70, art. 99 (promulgué par le 1970, chap. 106, art. 3, et modifié par 1971, chap. 35, art. 11). Bien que cet article ne puisse être invoqué lors de poursuites en matière de faillite, puisqu'il est trop tard pour obtenir un redressement et en raison de la suppression de la saisie (R.S.O. 1970, chap. 236, art. 86 et R.S.M. 1970, chap. L70, art. 88), et de l'application de l'article 107(1)(f) de la Loi sur la faillite qui limite l'application de la clause d'anticipation à "la somme réalisée à même les biens sur les lieux sous bail" (si l'interprétation de ces mots, discutés précédemment, est acceptée), il peut ne plus y avoir aucune priorité dont le propriétaire puisse se prévaloir. Toutefois, la créance du propriétaire prend place parmi celle

des créanciers chirographaires. En Colombie-Britannique, par le R.S. 1960, chap. 207, art. 39 et 50 (promulgué par le 1970, chap. 18, art. 2) et à l'Ile-du-Prince-Edouard par le R.S. 1951, chap. 82, art. 98 et 100 (promulgué par le 1972, chap. 25, art. 3), la saisie a également été supprimée et, de plus, les clauses de paiement par anticipation ont été déclarées nulles et non avenues. Par conséquent, dans ces deux provinces, le propriétaire de lieux à usage résidentiel ne peut rien réclamer en raison de loyers payés par anticipation.

7. Frais du premier saisissant

Le créancier qui, le premier, remet un titre exécutoire au shérif avant le dépôt de la requête en faillite, a droit, selon la loi, au septième rang en qualité de créancier privilégié pour ses honoraires et ses frais. Ces dispositions sont les suivantes:

Article 107(1)(g):

> "les honoraires et droits mentionnées au paragraphe 50(2), mais jusqu'à concurrence seulement de la réalisation des biens exigibles en vertu de cet article".

Article 50(2):

> "Nonobstant le paragraphe(1), un seul mémoire d'honoraires émanant d'un avocat, y compris les honoraires du shérif et les droits d'enregistrement de terrains, est payable au créancier qui a le premier mis la saisie-arrêt ou déposé entre les mains du shérif une saisie, une exécution ou une autre procédure contre les biens du failli".

Une simple déclaration de jugement ne suffit pas, il faut que le créancier ait déposé un titre exécutorire ordonnant au shérif de saisir les biens du débiteur avant qu'il n'ait fait faillite: In re Yawoski (1921) 2 C.B.R. 181 (Man.). Dans certaines provinces comme la Colombie-Britannique, la procédure d'exécution a été modifiée, et au lieu de titres de elegit ou de fieri facias de terris, il est prévu l'enregistrement du jugement, et les titres ci-dessus mentionnés sont abolis. Il a été jugé par la Cour suprême de Colombie-Britannique dans l'arrêt Drysdale Estate (1938) 19 C.B.R. 324 qu'un créancier

qui a obtenu un jugement et qui l'a enregistré le premier en application de l'Executions Act (Loi des saisies) de la Colombie-Britannique, et qui a commencé à réaliser des biens saisis, a droit aux frais mentionnés par la Loi sur la faillite. L'article 55 de la Execution Act (Colombie-Britannique) dispose que le jugement enregistré

> "grève d'un privilège tous les terrains et les biens du débiteur jugé . . . de la même manière, que s'ils avaient été grevés d'un privilège par écrit par le débiteur jugé de sa main et de son sceau et, après l'enregistrement du jugement, un créditeur jugé peut, s'il le désire, utiliser immédiatement le privilège ainsi créé".

La Cour a décidé qu'une interprétation trop littérale ou trop à la lettre des dispositions de la Loi sur la faillite ne devait pas entraîner un résultat non désiré. Les rédacteurs de la loi n'ont pas fait de distinctions, entre les différents modes de saisie des différentes provinces, mais cela ne doit pas priver le créancier qui obtient un jugement le premier, des droits qu'ils avaient l'intention de lui donner.

En vertu de ce paragraphe, une épouse divorcée demande un titre exécutoire en vertu d'un jugement relatif aux frais d'une action en divorce intentée contre son époux avant que celui-ci ait fait faillite. Il a été jugé qu'elle a priorité parce qu'elle a le premier titre de fieri facias, saisie ou autre titre exécutoire reçu par lui: In re Le Suir: Le Suir c. Can-Credit Men's Trust-Association (1948) 2 W.W.R. 974 (C.-B.).

Il faut se rappeler la restriction suivante: les honoraires et les frais ne sont privilégiés qu'à concurrence de la somme réalisée avec les biens saisis. En d'autres termes, il faut qu'il existe des biens pour pouvoir utiliser le titre exécutoire.

8. Créances de la Commission des accidents du travail, de la Commission d'assurance-chômage et du ministère du Revenu national:

La Couronne du chef des provinces, au sujet des cotisations dues par le failli en vertu de la Loi sur les accidents du travail, et la Couronne du chef du Canada, au sujet des dettes du failli en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage et de la Loi de l'impôt sur le revenu, lois dont les dispositions obligent de verser à Sa Majesté les sommes déduites ou retenues par le failli (retenues sur le salaire des employés) ont droit au huitième rang dans l'ordre de priorité: article 107(1)(h).

Les impôts retenus à la source ont été placés dans cette catégorie parce qu'ils ont la nature de fonds en fiducie et que s'ils n'ont pas été ainsi traités par le failli, ils ont au moins droit à cette priorité. En traitant des "présomptions de fiducie", aux pages 113 et 114 de son rapport, le Comité d'étude, bien qu'il ne discute pas des dispositions de ce paragraphe, considère sévèrement la priorité accordée à la Couronne dans le cas où le failli n'a pas, en contravention des dispositions de la loi, ouvert un fond de fiducie distinct; il estime en effet qu'en cas d'insuffisance de biens, cette priorité lèse les créanciers chirographaires. En cas d'existence d'un fond de fiducie, il n'y a naturellement pas besoin d'utiliser cette priorité, car le montant total de ce fond ne fait pas partie du patrimoine du failli à répartir (voir ci-dessous, page 38, une discussion plus approfondie de ce point).

Si, toutefois, des dispositions législatives grèvent d'un privilège le patrimoine du débiteur, et que la Couronne devient créancier privilégié, la question peut être différente. Cependant, dans Commission d'accidents du travail c. Edgar (1924) 5 C.B.R. 63, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que, puisque la Loi sur la faillite a disposé des dettes en vertu des Lois sur les accidents du travail, l'exécution de la créance de la Commission doit se faire dans le cadre de l'administration de la faillite, et non par une action indépendante devant les tribunaux ordinaires. Elle a rejeté l'admission au privilège de la créance de la Commission. Et dans T.V. Bower Ltd. (1960) 1 C.B.R. (N.S.) 161 (C.-B.), il a été jugé que, sauf si la Commission des accidents du travail est en possession des biens du failli sur lequel elle obtien un privilège pour recouvrer les cotisations qui lui sont dues, cette Commission n'est pas un "créancier privilégié" selon les dispositions de l'article 2(r) de la Loi sur la faillite. Cette décision a été désapprouvée dans Clemenshaw,

Commission des accidents du travail c. C.C.M.T. Associates (No. 1) 4 C.B.R. (N.S.) 238 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a jugé que le privilège créé par l'article 48 de la Loi sur les accidents du travail de la Colombie-Britannique (RS 1960 chap. 413) est un privilège établi par la loi qui ne dépend pas nécessairement d'une possession originale ou subséquente, et que l'article 2(r) de la Loi sur la faillite fait de cette Commission un créancier privilégié quant aux biens "utilisés ou produits par l'industrie" du débiteur failli, ou sur les recettes de cette industrie. Par conséquent, l'admission par le Parlement de la Commission des accidents du travail au huitième rang de l'ordre de priorité à l'article 95 ne la prive pas de ses droits de créancier privilégié. Toutefois, dans ce cas, la Cour a jugé que la Commission n'a pas confirmé sa prétention à un privilège par un titre exécutoire et que, par conséquent, elle ne peut user de ses droits en vertu de la loi provinciale, mais doit se prévaloir de l'article 95(1)(h) (à présent article 107(1)(h) de la Loi sur la faillite. Dans l'arrêt Commission des accidents du travail c. la Banque de Montréal (1968) 11 C.B.R. (N.S.) 170, la Cour suprême du Canada, tout en confirmant la validité de l'article 48, a jugé que cet article ne mentionne pas particulièrement que le privilège couvre les produits de l'aliénation des biens qui sont grevés d'un privilège.

Il n'est pas douteux que le Parlement a le pouvoir d'abolir les droits de la Commission des accidents du travail, mais il a expressément stipulé que les priorités accordées à certains créanciers privilégiés doivent respecter les droits des créanciers privilégiés définis à l'article 2(r) de la Loi sur la faillite, et le soin de préciser la signification et les limites de cette expression est laissé aux assemblées législatives provinciales: voir R.A. Nelson Construction Act, (1966) 8 C.B.R. (N.S.) 221 (C.-B.).

La position de l'Ontario diffère considérablement. Selon l'article 114(3) de la Loi sur les accidents du travail de l'Ontario, si la Commission a délivré un certificat mentionnant que les cotisations n'ont pas été payées, et qu'elle a déposé une copie de ce certificat au tribunal, le montant des cotisations dues grève à titre de privilège de premier rang tous les biens mobiliers ou immobiliers de l'employeur utilisés par l'entreprise au sujet de laquelle l'employeur est cotisé, sous réserve seulement des taxes municipales. Il est présumé que le certificat doit avoir été déposé avant la déclaration de la faillite. Voir un commentaire de cette disposition au 4 C.B.R. (N.S.), pp. 248-249.

Retenues d'assurance-chômage et retenues d'impôts à la source

La créance de la Commission d'assurance-chômage vient au huitième rang de l'ordre de priorité, pari passu, avec celles de la Commission des accidents du travail et du ministère du Revenu national.

9. Créances en raison des blessures subies par des employés du failli:

La loi accorde le neuvième rang dans l'ordre de priorité aux "réclamations résultant de blessures subies par des employés du failli", "que les dispositions de quelque loi sur les accidents du travail ne visent pas." Cependant, cette priorité s'applique seulement "jusqu'à concurrence des montants d'argent reçus des personnes ou compagnies garantissant le failli contre les dommages-intérêts résultant de ces blessures": Article 107(1)(i).

10. Créances de la Couronne

Le dernier rang dans l'ordre de priorité est accordé à toutes les créances de la Couronne qui ne sont pas clairement incluses dans l'article 107. La Couronne, tant du chef du Canada que d'une province, relève de cette catégorie "pari passu, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire": article 107(1)(j). Ce principe de souveraineté en matière de compétence est établi par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, et a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt qui fait jurisprudence: Silver Brothers Limited 7 C.B.R. 515; elle juge que le Parlement du Canada a le pouvoir de déclarer que ses créances doivent être honorées de façon prioritaire sur les créances de toute province. Cette décision a été infirmée par le Conseil privé, 13 C.B.R. 223, parce qu'il n'y a aucune stipulation expresse de priorité, mais le droit de souveraineté a été confirmé. Il n'existe pas de délai de prescription des sommes dues à la Couronne, ni de limite aux montants, et les lois provinciales de prescription des actions ne s'appliquent pas à la Couronne, du moins à la Couronne du chef du Canada. Cette situation privilégiée a sans doute une origine historique, mais le Comité d'étude souligne que le temps est venu de réexaminer ce qui est d'ordre public en ce qui concerne la priorité de la Couronne, afin de voir si une telle priorité se justifie dans la société contemporaine. Ce comité recommande l'abolition de la priorité: pp. 124-125, par. 3.2.075-79.

La Couronne (du chef du Canada) est, sans aucun doute, éminemment placée pour déclarer toute priorité qui sera sienne, ou pour statuer que ses réclamations échapperont complètement à l'emprise des lois sur la faillite. Ce sont là des mesures qu'elle peut prendre, comme elle l'a fait dans le cas du Régime de pensions du Canada, en considérant les fonds recueillis par un employeur ou par toute autre personne, au nom de la Couronne, comme des fonds détenus en fiducie (art. 24(3)) et ainsi les montants déduits ne sont pas, en vertu de l'article 47, des biens du failli. Cependant, comme le Comité d'étude l'indique à la page 112, l'article 24(4) du R.P.C. va plus loin et précise que:

> "en cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3), est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté, doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens."

L'article qui précède a été invoqué devant M. Cook, greffier de la Cour suprême de l'Ontario, en matière de faillite, dans l'affaire Craftsman Painting Contractors Ltd. (1968) 11 C.B.R. (n.s.) 84. Dans cette affaire, la Couronne présente une créance d'un montant de $427.38, à titre de cotisations au fonds de pension retenues par le failli, mais le syndic la rejette, affirmant que la compagnie faillie n'a pas tenu un compte de banque distinct pour les retenues. M. Cook soutient qu'étant donné qu'il n'y a pas de compte, il n'existe pas de montant en fiducie à la date de la faillite et que la Couronne n'a pas de créance, en vertu des dispositions de l'article 39(a) de la loi. L'appel de cette décision a été rejeté par le juge McDermott (11 C.B.R. (n.s.) 91), qui, en plus d'admettre les motifs du greffier, attire aussi l'attention sur des arguments de la plus haute portée pratique qui vont à l'encontre d'une telle priorité pour Sa Majesté, le fait, entre autres, qu'en protégeant ainsi sa position et en lui octroyant les droits d'un créancier privilégié, on empêche qu'il reste assez d'argent confié à un syndic pour pouvoir même couvrir ses propres honoraires et déboursés. On trouvera un commentaire touchant ces deux décisions dans 11 C.B.R. (n.s.), 90-91, 93-94. Il se peut qu'un tribunal supérieur infirme cette décision, étant donné qu'elle semble s'attaquer au fondement même de l'obtention d'un droit prioritaire sur les biens d'un failli, usage qui remonte fort loin dans le passé.

On est tenté de conclure de ce qui précède, ainsi que des principes et de la logique de la Loi sur la faillite, que l'objet principal des dispositions telles que celles que contient le Régime des pensions du Canada est de donner le premier rang dans l'ordre de priorité à la Couronne. Si l'ordre public oblige à procéder de cette façon, deux solutions semblent tout indiquées; elles ont toutes deux été soulignées par le juge McDermott, à la page 93: l'une consiste à modifier les priorités, et, en particulier, à supprimer les mots "nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire" de l'article 107(1)(j), et l'autre consiste à imposer des peines sévères pour les appropriations frauduleuses de fonds.

Le gouvernement fédéral n'est pas seul à déclarer que les fonds retenus en son nom doivent être considérés comme des fonds en fiducie. Des dispositions analogues se retrouvent dans des lois provinciales, comme la Loi de l'impôt provincial sur le revenu du Québec, S.R.Q. 1964, chap. 69, art. 135. Le Comité d'étude attire l'attention sur le point que ce privilège prête à des abus de la part d'un employeur qui est au bord de la faillite, et que, même sans qu'il y ait de tels abus, le privilège est préjudiciable aux créanciers chirographaires qui ont déjà eu à souffrir de l'ordre des priorités. Ce comité recommande donc que la fiction des fonds de fiducie peut tourner le plan de répartition de la masse, établi par la Loi sur la faillite, devrait être évitée, lorsque la masse, à la date de la faillite, ne comprend pas des sommes suffisantes pour couvrir la créance du gouvernement concernant les retenues. (p. 113)

Il y a lieu d'observer que la Couronne comprend les sociétés de la Couronne, puisque, selon les dispositions de la Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. G-7, art. 3, elles sont réputées être des agents de la Couronne. La décision rendue dans l'arrêt Spartan Air Services Ltd.(1960) 1 C.B.R. (n.s.) 33, (Ont.), est que le montant dû aux deux demandeurs dans cette affaire était dû à leur créancier principal, la Couronne, et obéissait à la priorité établie par le présent article. Voir également Sure Brake & Muffler Ltd. (1972) 17 C.B.R. (n.s.) 103 (Ont.), où le tribunal a reconnu le bien-fondé de la demande de priorité du Manitoba Telephone System, étant donné qu'en vertu du Manitoba Telephone Act, Loi du téléphone manitobain R.S.M. 1970 c. T. 40, il s'agit d'une société de la Couronne.

Le récent arrêt Deslauriers Construction Products Ltd.; Sol. gén. du Canada c. Perlmutter (1970) 14 C.B.R. (n.s.) 197 (C.A. de l'Ont.) a cependant affirmé le droit de la Couronne d'obtenir paiement complet de sa créance grâce aux biens libérés du failli, vu que l'article 24(4) a pour but de soustraire les sommes d'argent, équivalentes aux retenues, de la masse du failli en créant un fonds de fiducie et d'attribuer ces mêmes sommes à la Couronne, à titre de propriété. Le juge en chef Gale (Ont.) fait une distinction dans l'arrêt Craftsmen; selon lui, dans cette affaire, l'employeur n'a jamais eu, à la date des retenues légales, de sommes d'argent correspondantes en main, et il s'agissait simplement d'écritures comptables de la paye. Il semblerait donc, si l'on se reporte au jugement Perlmutter, que, si, à la date des retenues, il y a suffisamment d'argent pour couvrir l'obligation légale, c'est qu'il existe un fonds d'argent en fiducie comme il en est fait mention à l'article 24(4) du Régime des pensions du Canada. La formulation de l'article 40(2) de la Loi sur l'assurance-chômage, S.R.C. 1970, chap. U-2, confirme qu'on doit traiter de la même façon les sommes que l'employeur a retenues sur les salaires des employés, pour les fins de la Loi sur l'assurance-chômage, mais, étant donné que les cotisations versées à l'assurance-chômage sont mentionnées précisément à l'article 107(1)(h) de la Loi sur la faillite, ce sont peut-être ces dernières dispositions législatives qui l'emporte.

La Loi de l'impôt provincial sur le revenu, du Québec, fait, néanmoins, une exception en cas de faillite.

Divers autres lois et règlements stipulent la création de fonds "en fiducie". Ainsi, la récente Loi de la protection du consommateur du Québec oblige certains marchands à mettre de côté des sommes d'argent "en fiducie" et dans des comptes spéciaux, pendant un certain temps. Certains règlements qui régissent les services de transports aériens nolisés obligent à constituer un fonds temporaire de fiducie, pour les montants versés par les futurs clients. D'autres lois, fédérales et provinciales, prévoient la constitution de fonds dits "en fiducie" mais n'impliquent pas, en cas d'infraction au règlement, les mêmes conséquences que celles qui sont prévues dans le Régime des pensions du Canada et de la Loi sur l'assurance-chômage.

III. Droit de subrogation

Une personne qui paie les créances d'un créancier, pour le compte d'un débiteur failli, peut souvent réclamer le droit de prendre la place du créancier payé avec le rang de priorité que la Loi sur la faillite accorde à ce dernier. Ceci se produit ordinairement lorsque le débiteur et le requérant sont en étroite relation juridique, et presque invariablement dans le cas d'impôts réclamés à la fois par les administrations fédérales et régionales. Si les impôts sont payés par le requérant, a-t-il un droit de subrogation?

Les décisions relatives au droit de subrogation paraissent dépendre de la question de savoir si le requérant est légalement contraint de payer les sommes dues par le débiteur, de sorte qu'il peut être considéré comme "caution" selon des lois générales provinciales comme la Mercantile Law Amendment Act (Loi modifiant le droit commercial), de l'Ontario, R.S.O. (1970), chap. 238, ou la Laws Delatory Act (Loi déclarative de droits) de la Colombie-Britannique (R.S.B.C. (1960), chap. 213), ou selon des lois qui régissent le recouvrement des impôts, (La Mercantile Law Amendment Act, (1856) (Imp.) est encore en vigueur dans les provinces de l'Ouest.)

Le droit de subrogation au droit de priorité de la Couronne a été confirmé dans l'arrêt Burstein (Discount Building Supplies) (1964) 6 C.B.R. (n.s.), 298 (Ont.) (courtier en douane subrogé en matière de droits de douane payés par lui à la Couronne, en raison d'un accord avec le ministère du Revenu national et de la procédure suivie), dans Major-Way Trailers Ltée (1965) 7 C.B.R. (n.s.) 198 (C.-B.) (mêmes faits que dans Burstein), dans Pathe Freres Phonograph Co. of Canada (1921) 2 C.B.R. 21 (Ont.) (la caution, qui avait remis une garantie à la Couronne pour des taxes de ventes dues par le débiteur, a été subrogée dans les droits de la Couronne), dans Earle Pullan Co. 12 C.B.R. (n.s.) 136 (Ont.) (confirmation du droit de subrogation d'une banque au sujet de droits d'accise payés par elle pour le compte du débiteur), et dans l'arrêt sous-ministre du Revenu du Québec c. De Coster 10 C.B.R. (n.s.) 176 (Québec) (confirmation du droit de priorité de la Couronne, au sujet de taxes remboursées par elle à un distributeur d'essence qui était obligé de percevoir les taxes à titre d'agent du ministre du Revenu). Mais, dans l'arrêt M.C.C. Precision Products Ltée (1972) 20 O.R. 825 (Ont.), la Cour a rejeté la réclamation d'un administrateur de compagnie en faillite, qui avait payé les taxes retenues par la compagnie sur les salaires des employés sous menace de poursuite au criminel en

vertu de l'article 134 de la Loi de l'impôt sur le revenu. La Cour a jugé que rien dans cet article ne rend le requérant personnellement responsable des impôts dus et que, parce qu'il n'est pas responsable de la dette conjointement avec la compagnie débitrice, la Mercantile Law Amendment Act de l'Ontario, article 2(1) ne s'applique pas à sa requête. De même, lorsqu'un bailleur paie les taxes réclamées à un preneur par une municipalité parce qu'il est obligé de payer en vertu du Municipal Act (loi municipale), le juge Rose dans Boone c. Martin (1920) 47 O.L.R. 205, dont le jugement a été confirmé en appel (à la page 210), aurait accordé à la créance du bailleur la priorité de la municipalité, mais ne l'a pas fait parce que le droit de saisie de la municipalité s'éteint avec le paiement des taxes, de sorte qu'il n'existe plus de garantie ou autre recours, et que le bailleur n'a pas de droit de subrogation dans les droits de la municipalité. Cette décision fut suivie dans Crystal (1926) 7 C.B.R. 345 (Ont.).

IV. Renvoi des créances privilégiées

Certains créanciers qui, autrement, bénéficieraient des priorités que leur accorde l'article 107, perdent leur privilège en raison de leur proche parenté avec le failli, ou parce que la transaction à laquelle ils sont partie n'a pas été faite "à distance", et par conséquent est à revoir selon la Loi sur la faillite. Si les créanciers sont des personnes liées, ils peuvent soit être classés parmi les créanciers chirographaires, pari passu, soit être reportés jusqu'à ce que tous les autres créanciers aient été entièrement payés. Dans le cas des transactions révisables, la loi dispose que le syndic peut contester la contre-partie payée ou reçue par le failli, et demander au tribunal de déterminer la juste valeur marchande. Les règles qui régissent le renvoi des créances sont contenues dans les articles suivants:

1. Réclamations de salaires

a) article 109

> Les créances de salaires d'un père, d'un fils, d'une fille, d'une mère, d'un frère, d'une soeur, d'un oncle et d'une tante par le sang ou par mariage d'un failli, n'ont pas droit à la priorité prévue de l'article 107(1)(d). Elles sont classées parmi les créanciers chirographaires.

b) article 111

Les salaires des cadres et administrateurs d'une corporation en faillite n'ont pas droit à la priorité prévue à l'article 107(1)(d). Ils sont classés parmi les créanciers chirographaires.

c) article 108

Un créancier qui a conclu une "transaction révisable" avec un débiteur à une date antérieure à la faillite de ce dernier n'a pas droit de réclamer un dividende d'une réclamation née de cette transaction jusqu'à ce que toutes les créances des autres créanciers aient été réglées, sauf si la transaction est, de l'avis du syndic ou du tribunal, une transaction régulière. Ainsi, une créance de salaire de toute personne, parente ou pas, peut être reportée si elle n'est pas régulière.

Une "transaction révisable" est définie à l'article 3 comme une transaction conclue "autrement qu'à distance"; des personnes appartenant à un "groupe lié" défini à l'article 4 sont réputées ne pas transiger "à distance" tant qu'elles sont ainsi liées. Cela comprend les personnes liées par des liens du sang, du mariage ou de l'adoption, les corporations associées et des corporations contrôlées par une même personne ou par des personnes liées entre elles.

L'article 78 prévoit l'étude de la contre-partie donnée ou reçue dans une "transaction révisable" conclue dans les 12 mois qui précèdent la faillite, et donne au tribunal le pouvoir de fixer la juste valeur marchande.

d) article 108(2)

> Les créances de salaires d'un conjoint ou d'un ancien conjoint d'un failli sont renvoyées jusqu'à ce que toutes les créances des autres créanciers aient été entièrement réglées, que la réclamation soit régulière ou non.

Il a été jugé dans l'arrêt Dufour (1936) 17 C.B.R. 291 (Québec) qu'une belle-soeur, étant une soeur par le mariage, n'a droit à aucun privilège pour le salaire qui lui est dû. Cet article peut ne pas être applicable dans le cas d'un parent requérant qui a déjà reçu une garantie du failli et qui se contente de cette garantie, à condition naturellement qu'il n'y ait pas préférence frauduleuse qui tombe sous le coup des autres articles de la loi, ou que la transaction qui donne naissance à la garantie ne soit pas "révisable", auquel cas l'article 78 s'appliquerait. L'article, cependant, empêche le parent de réclamer un dividende avant les autres créanciers. Dans l'arrêt Bouchard (1954) 34 C.B.R. 95 (C.A. du Qué.), il a été jugé que les fils du propriétaire failli du navire sur lequel ils travaillent comme marins ne tombaient pas sous le coup de cet article, parce qu'ils ont droit au privilège des marins pour les arrérages de salaires et sont des créanciers privilégiés en vertu du droit maritime.

Un cadre ou un administrateur d'une corporation, qui n'est pas une personne liée, a une créance en tant que créancier chirographaire, pour le travail effectué ou les services rendus,: Re Eric Petersen Const. Ltée, Petersen c. Sigurdson (1967) 10 C.B.R. (n.s.) 254 (C.-B.).

2. Créance du bailleur

Un propriétaire qui a conclu une "transaction révisable" selon la définition précédente peut, de la même façon, être renvoyé jusqu'à ce que les créances des autres créanciers aient été entièrement réglées, en vertu de l'article 108. Il semblerait que seule une location irrégulière tombe sous le coup de cet article, mais, là encore, si le "bailleur lié" a déjà reçu une garantie inattaquable, l'article 108 ne s'applique pas, car le propriétaire ne réclame pas un dividende.

La loi renvoie également les créances des bailleurs de fonds définies par l'article 110, qui n'ont aucune priorité en vertu de l'article 107, jusqu'à ce que les créances de tous les autres créanciers aient été entièrement réglées. Il en est de même des créances non privilégiées des personnes qui ont conclu des "transactions révisables" avec le failli.

Dans l'affaire Sukloff c. A.H. Rushforth & Co.(1964) R.C.S. 459, 6 C.B.R. (n.s.) 175, la Cour suprême du Canada a jugé que l'article 98 (à présent article 110) ne concerne pas le créancier qui possède une garantie pour sa créance. Ce créancier a le droit de faire exécuter sa garantie nonobstant le fait que son accord prévoit qu'il recevra une part des profits. Cette décision doit naturellement être aujourd'hui corrigée en fonction des modifications adoptées en 1966-1967 en matière de "transactions révisables", dont les dispositions ont été mentionnées ci-dessus. Il a également été jugé que, lorsqu'un époux et une épouse, qui possèdent conjointement une propriété, l'ont hypothéquée en vue d'emprunter de l'argent destiné à l'entreprise de l'époux; parce que l'argent a été emprunté non à l'épouse, mais à la créancière hypothécaire, l'épouse a le droit de se porter créancière à la faillite de son époux: dans Chalmers; Chalmers c. Kime (1962) 3 C.B.R. (n.s.) 101 (Ont.).

TABLE DES MATIERES

SUPPLEMENT A L'USAGE DU QUEBEC SEULEMENT

L'ORDRE DE PRIORITE DU PLAN DE REPARTITION DES BIENS ADMINISTRES EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE

	Page
CONFLITS ENTRE LES CREANCIERS PRIVILEGIES - POSITION DU SYNDIC	49
ORDRE DES PRIORITES DANS LE TEMPS	50
GARANTIES EN FONCTION DE LA CATEGORIE DE BIENS	51
PRIORITES CONTRADICTOIRES	52
GARANTIES MOBILIERES	53
INTRODUCTION	53
NAISSANCE DES CONFLITS	56
DETERMINATION DE L'ORDRE DE PRIORITE PAR LA LOI	56
PREPONDERANCE DE LA LOI FEDERALE SUR LES LOIS PROVINCIALES QUANT A L'ORDRE DE PRIORITE EN MATIERE DE FAILLITE	57
SITUATION DU PROPRIETAIRE	59
PREPONDERANCE DE LA LOI SUR LES BANQUES	60
LIMITES DE LA PRIMAUTE DE LA LOI SUR LES BANQUES	61
CLASSEMENT PAR PRIORITE DES GARANTIES MOBILIERES	63
1. STOCK	63
2. CESSIONS GENERALES DES DETTES ACTIVES	66
3. MACHINES ET MATERIEL	70
GARANTIES IMMOBILIERES	71
INTRODUCTION	71
DEFINITIONS	72

Page

CONFLITS ENTRE GARANTIES IMMOBILIERES 74

PRIORITE ENTRE LES PRIVILEGES ET LES HYPOTHEQUES 75

PRIORITE ENTRE LES PRIVILEGES 75

PROCEDURE CONCERNANT LES PRIVILEGES DE LA CONSTRUCTION 76

PRIORITE ENTRE HYPOTHEQUES 79

CHANGEMENTS CONTRACTUELS DE L'ORDRE LEGAL DES PRIORITES DES GARANTIES IMMOBILIERES 79

MECANISMES MODIFIANT L'ORDRE LEGAL DES PRIORITES 84

FONCTIONNEMENT DE LA CLAUSE DE DATION EN PAIEMENT 85

LIMITATION DU DROIT DE LA DATION EN PAIEMENT ET DU RANG PRIORITAIRE DE L'HYPOTHEQUE 88

SUPPLEMENT A L'USAGE DU QUEBEC SEULEMENT

L'ORDRE DE PRIORITE DU PLAN DE REPARTITION DES BIENS ADMINISTRES EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE

CONFLITS ENTRE LES CREANCIERS PRIVILEGIES - POSITION DU SYNDIC

Il se trouve quelquefois que le syndic détient des biens du failli qui peuvent être réclamés par deux créanciers ou davantage qui possèdent tous des garanties juridiquement valides sur ces biens. Cette situation se produit en général lorsque, parmi l'ensemble des créanciers qui revendiquent des créances simultanément en vertu de l'article 59 et de la règle 92.1, et à l'aide de la formule 51.1, un créancier conteste devant le tribunal les créances d'un autre créancier sur ces biens; le syndic étant impliqué dans l'affaire, le tribunal peut l'obliger à remettre la possession des biens en question au créancier qui, selon le jugement prononcé par le tribunal, a légalement la possession, ou qui a légalement priorité sur les autres créanciers en matière de règlement. (Code de procédure civile, article 216). Tout ce que le syndic est autorisé à faire en vertu de l'article 59(2) est de contester chaque créance, en se fondant sur toutes les autres créances similaires qu'il pourrait avoir reçues, et de laisser les demandeurs en appeler eux-mêmes au tribunal; celui-ci réglera la question entre les demandeurs, et donnera des instructions au syndic pour remettre les biens en conséquence.

En vertu de l'article 16(1) de la Loi sur la faillite, le syndic ne peut demander au tribunal des instructions quant à la manière de régler le différend, puisque la loi ne régit pas les réalisations des créanciers privilégiés ni les priorités qui les gouvernent; par conséquent, ces questions n'affectent pas "l'administration de la masse d'un failli" et le tribunal (soit "le tribunal ayant juridiction en matière de faillite" - art. 2) n'est pas habilité à donner des instructions à ce sujet.

---Arrêt Michel: Paul c. La Caisse populaire d'Arthabaska et autres (1963) 4 C.B.R. n.s. 23.

Tant que le syndic ne conteste pas la validité en droit de la garantie en question, afin de récupérer l'actif de la masse, il ne possède aucun droit juridique sur ces biens, pas plus que la division de la faillite du tribunal nommée à l'article 153(1). Cette dernière renvoie les créanciers contestataires à la division de première instance ordinaire de la Cour, qui décide en dernier ressort quel demandeur a la priorité, et prononce l'ordonnance nécessaire pour que le syndic remette le bien. L'engagement du syndic ne découle, en l'espèce, d'aucun droit juridique sur les biens, mais du simple fait que l'actif est en sa possession matérielle et que la meilleure façon de l'en retirer est d'obtenir une ordonnance du tribunal. Soit dit en passant, le fait que le syndic se conforme à l'ordonnance de la Cour le met à l'abri de toute poursuite intentée par le demandeur, qui pourrait prétendre avoir été lésé par la disposition de l'actif par le syndic. C'est pourquoi il serait prudent que le syndic ne fasse que comparaître dans un tel procès sans le contester, puis attende le jugement du tribunal et s'y conforme. Il ne devrait pas s'occuper de ces question de son propre chef.

Néanmoins, le syndic pourrait tirer parti de quelques conseils dans ce domaine, ne serait-ce que pour améliorer sa propre compréhension; tel est l'objet du présent supplément.

ORDRE DES PRIORITES DANS LE TEMPS

Puisque la participation du syndic à des conflits entre créanciers privilégiés est minime, alors que l'établissement des priorités pour la répartition de la masse (en vertu de l'art. 107) constitue l'une de ses fonctions primordiales, ce document a d'abord analysé l'article 107 et, dans le cadre du présent supplément, se penche sur les créanciers privilégiés. Il faut, cependant, noter avec soin que la réalisation par les créanciers privilégiés, contestant la validité en droit de leurs garanties et établissant un ordre de priorité parmi les garanties valides, occupe la première place dans la suite habituelle des événements, au point de vue du temps; ce n'est qu'une fois ces démarches terminées, et les biens grevés de privilèges retirés des biens trouvés en la possession du débiteur, grâce à la procédure énoncée à cette fin à l'article 59 de la Loi sur la faillite, à la règle 92.1 et dans la

formule 51.1, que le syndic peut commencer à établir quels biens du débiteur (le cas échéant) demeurent en sa possession en vue d'une réalisation et d'une répartition subséquente, aux termes de l'article 107. Le syndic ne doit donc pas être induit en erreur par la présentation de la matière, dont le but primordial est de faciliter l'exposé.

GARANTIES EN FONCTION DE LA CATEGORIE DE BIENS

A l'encontre des dispositions du Uniform Comercial Code en vigueur aux Etats-Unis et de diverses provinces canadiennes du droit commun, qui ne connaissent qu'un seul type de garantie pour toutes les catégories de biens obéissant à une seule série de règles, le droit civil du Québec conserve encore des types de garanties distincts pour des catégories de biens différentes. La plupart des garanties qui font l'objet du présent supplément datent de lois promulguées au 19^{e} siècle afin de satisfaire aux besoins économiques de l'époque. Elles se sont perpétuées, presque sous leur forme originale, pendant plus d'un siècle de changements apportés aux méthodes et pratiques commerciales et n'ont été modifiées que rarement et, dans ce cas, un peu au hasard.

Avant les années 1950, les progrès du droit des garanties sur les biens ont été lents et fragmentaires; les diverses garanties tendaient à se développer isolément les unes des autres, et chaque garantie était conçue à l'origine pour jouer un rôle particulier en ce qui concerne une certaine catégorie de transactions et ne couvrir qu'une catégorie de biens. Par conséquent, chaque type de garantie respectait sa propre série de règles en matière de validité légale. L'inconvénient provoqué par l'existence de diverses règles régissant plusieurs types de garanties n'est apparu qu'avec l'intensification de leur usage et l'intensification concomitante de l'activité commerciale et du crédit; cette situation a engendré des efforts sérieux pour démêler les difficultés qui en résultent, par des lois comme le Uniform Commercial Code.

Cependant, jusqu'à ce que de telles lois deviennent réalité au Québec, le monde des affaires continuera à souffrir d'une situation où il existe diverses garanties, d'une part entre les biens immeubles (fonds de terre et bâtiments) et les biens meubles (qui comprennent tout le reste), et d'autre part entre les diverses catégories de biens meubles, tels les stocks, les dettes actives, les outils et l'équipement, qui feront tous l'objet d'une étude détaillée.

PRIORITES CONTRADICTOIRES

Comme on pouvait s'y attendre, la constitution fragmentaire des diverses garanties a engendré des règles contradictoires, surtout lorsqu'une personne a accordé plus d'une garantie sur les mêmes biens, essayant par ce fait de se procurer des fonds. Lorsque deux ou plusieurs créanciers privilégiés revendiquent le même bien, et que le produit de sa vente ne suffit pas pour couvrir le plein montant de leur créance, quelle garantie occupe le premier rang, permettant à son détenteur d'être payé en premier lieu?

Le présent supplément tente de répondre à cette question.

Sans oublier que chaque catégorie de biens doit être considérée individuellement et que seuls les garanties sur ces biens doivent être prises en considération pour l'établissement de l'ordre des priorités sur ces biens, en vue du paiement avec le produit de leur vente, le présent supplément étudie les biens respectifs dans l'ordre qui suit:

Biens meubles

- stocks
- dettes actives
- outils et équipement

Biens immeubles

GARANTIES MOBILIERES

INTRODUCTION

Supposons que le syndic a fait tout ce qu'il pouvait pour débarrasser la masse des garanties illégales (c'est-à-dire incorrectement constituées ou dérogeant à certaines conditions fixées par la loi) et que toutes les garanties légales énoncées dans le présent supplément soient entièrement valables et figurent dans une masse, chacune dans toute la mesure autorisée par la loi. On remarquera que chaque garantie couvre une ou plusieurs parties de l'actif concevable du débiteur, dans l'ordre suivant:

GENRE DE GARANTIE	BIEN ASSUJETTI A LA GARANTIE
Nantissement	
Code civil: articles 1966 à 1979, paragraphe (4) de l'article 1994, article 2001. Loi sur la faillite: article 2; paragraphe (2) de l'article 49; article 57.	La chose retenue en nantissement par le créancier: article 1966 du Code civil.
Nantissement commercial	
Code civil: articles 1979e à 1979k, paragraphe (4) de l'article 1994, article 2001. Loi sur la faillite: article 2; paragraphe (2) de l'article 49; article 57.	"outillage et matériel d'équipement professionnel": article 1979e.
Actes de fiducie	
Loi des pouvoirs spéciaux des corporations, Statuts refondus du Québec, 1964, chapitre 275, articles 22 à 28.	"...les biens mobiliers ou immobiliers présents ou futurs que les compagnies possèdent ou posséderont dans la province."-

Loi sur la faillite:
paragraphe (2) de l'article 49.

Loi des pouvoirs spéciaux des corporations, article 22.

Cessions de créances:

Code civil: articles 1570, 1571, 1571d, 1572, 1966.

Comptes particuliers ou universalité des comptes, selon le cas. -
Articles 1570, 1571d, du Code civil.

Loi des pouvoirs spéciaux des corporations, Status refondus du Québec, 1964, chapitre 275, article 26.

Loi sur la faillite, article 72.

Ventes conditionelles

Code civil: articles 1472, 1079 et 1089.

La chose vendue. · Article 1472 du Code civil.

Loi de la protection du consommateur: Statuts de Québec, 1971, chapitre 74 et règlements d'exécution.

Louage

Code civil: articles 1600 à 1665.

La chose louée. - Article 1625 du Code civil.

GENRE DE GARANTIE	BIEN ASSUJETTI A LA GARANTIE
Garantie de l'article 88 Loi sur les banques, Statuts révisés du Canada, chapitre B-1, 1970, paragraphe (1) et (2) de l'article 2; article 4; alinéa b) du paragraphe (2) de l'article 75; articles 86, 88, 89 et 90; annexes A, C, K. Loi sur la faillite: article 183.	a) Stock: Loi sur les banques: paragraphes (1) et (2) de l'article 2; alinéas a) et b) du paragraphe (1) de l'article 88; paragraphe (5) de l'article 89. b) Créances découlant directement de la vente des biens assujettis à la garantie: ---affaire Canadian Western Millwork Ltd.; Flintoft c. La Banque Royale du Canada (1964) 44 D.L.R. (2^{e}) 47, p. 54; arrêt confirmé par (1964) R.C.S. 631;
Droits du vendeur sur les marchandises à 30 jours, soit: a) Droit de résolution de la vente: Code civil, articles 1065, 1088, 1532, 1543; b) Privilège sur la chose vendue: Code civil, articles 1994(3); 1998(1); 1999 (ne sont jamais invoqués parce que l'article 1999(1) pose comme condition préalable à l'exercice du privilège "que la vente ait été faite sans terme.") c) Droit de préférence sur le prix de la chose vendue: Code civil, articles 1983, 1994(3), 1998(2), 2000.	Les marchandises vendues.

NAISSANCE DES CONFLITS

Supposons que le failli a donné à plusieurs créanciers une garantie de même nature sur les mêmes biens, par exemple qu'il a consenti deux cessions générales de créances. Quel créancier a le droit de réaliser les biens cédés en garantie? Ordinairement, ce sera le premier qui aura rempli toutes les conditions nécessaires pour valider sa garantie à l'encontre des tiers qui aura droit aux biens du débiteur.

Supposons maintenant que le failli a consenti différents genres de garantie à plusieurs créanciers sur le même bien. Qu'arrive-t-il?

DETERMINATION DE L'ORDRE DE PRIORITE PAR LA LOI

C'est aux articles 1984, 1994 à 2008 du Code civil, et aux articles 59 et 107 de la Loi sur la faillite, que l'on trouve la réponse. Ces dispositions fixent l'ordre de priorité entre les créanciers rivaux possédant des garanties sur des biens meubles.

On recommande de commencer par étudier l'ordre normal des créanciers prévu par la Loi sur la faillite. On peut facilement discerner cinq groupes distincts de créanciers; nous les énumérons ici dans l'ordre de privilège décroissant que leur attribue la loi:

1. propriétaire d'un bien en possession du débiteur. - Article 59: "...n'est ni créancier ordinaire, ni créancier garanti, ni créancier privilégié".

---affaire Bertone Construction Co. Ltd.: Grobstein c. Watson, Jack, Hopkins Ltd. et autres (1961) 2 C.B.R. nouvelle série 30, à la p. 35.

2 créancier garanti

3 créancier priviligié - paragraphe (1) de l'article 107 de la Loi sur la faillite

4. créancier ordinaire non garanti, - paragraphe (3) de l'article 107 et article 112

5. créancier ordinaire (renvoi de la créance) - articles 108 à 111.

Seules la deuxième et la troisième catégories nous intéressent dans la présente étude. On peut supposer sans crainte que les vendeurs et bailleurs sous condition vont retirer, en vertu de l'article 59, les biens qui leur appartiennent, et donc s'éliminer du débat. (La garantie à laquelle le failli aurait assujetti leur bien serait nulle et non avenue de toute façon, parce que le débiteur ne peut constituer en garantie que ce qui lui appartient, ou, dans certains cas, que ce qui lui appartiendra à l'avenir; dans ces circonstances, il n'en acquerra jamais la propriété.)

PREPONDERANCE DE LA LOI FEDERALE SUR LES LOIS PROVINCIALES QUANT A L'ORDRE DE PRIORITE EN MATIERE DE FAILLITE

Il y a lieu ici de présenter une importante observation préliminaire.

L'article 2 de la Loi sur la faillite donne la définition suivante du créancier garanti:

> " "créancier garanti" signifie une personne détenant un mortgage, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir..."

La comparaison de l'article 1994 du Code civil avec le paragraphe (1) de l'article 107 de la Loi sur la faillite nous apprend que certains créanciers privilégiés en vertu du Code civil et les créanciers privilégiés en vertu du paragraphe (1) de l'article 107 dont les droit existent "sous réserve des droits des créanciers garantis", sont les mêmes. Cette situation a pour effet que tous les créanciers auxquels l'article 107 confère la qualité de créanciers privilégiés perdent de ce fait la qualité de

créancier garanti que leur attribue le Code civil; l'ordre de priorité qu'ils occupent et les prélèvements qu'ils peuvent opérer sur les biens du failli sont ceux que prescrit le paragraphe (1) de l'article 107 de la Loi sur la faillite, sans égard aux dispositions du Code civil, parce qu'au cas de contradiction entre les législations fédérale et provinciale, c'est la législation fédérale qui prévaut:

---affaire Gingras Automobile Limitée: Les Produits de Caoutchouc Marquis c. Trottier (1962) R.C.S. 676, confirmant l'arrêt rapporté dans (1961) B.R. 827.

---La Banque Royale c. Larue (1928) 8 C.B.R. 579 (P.C.), confirmant l'arrêt rendu dans (1925-1926) 7 C.B.R. 285 (S.C.C.)

Le résultat net de l'arrêt rendu dans l'affaire Gingras Automobile, c'est que seuls les créanciers garantis suivants peuvent se prévaloir de l'ordre de priorité fixé par l'article 1994 du Code civil, dans la faillite:

1. le vendeur impayé, qui jouit d'un privilège sur le prix des marchandises qu'il a vendues au failli, en vertu des articles 1994(3), 1998(2) et 2000, (en supposant qu'il n'ait pas repris possession des marchandises en vertu de l'article 1543);

2. le gagiste, le gagiste commercial, les ouvriers qui jouissent du privilège et du droit de rétention des choses améliorées ou réparées par eux. - Articles 441; 1969; 1979h; 1994(4); 2001 du Code civil; article 57 de la Loi sur la faillite.

3. le "syndic fiduciaire" en vertu d'un acte de fiducie et ainsi nommé pour le distinguer du syndic de faillite; le privilège du "syndic fiduciaire" figure en dernier dans l'ordre du Code civil, en conséquence de la Loi des pouvoirs spéciaux des corporations, Statuts refondus du Québec 1964, chapitre 275, article 24, paragraphe 2.

SITUATION DU PROPRIETAIRE

L'arrêt rendu dans l'affaire Gingras Automobile concernait en particulier un propriétaire, qu'il déclarait seul créancier "privilégié" et non "garanti". Les droits du propriétaire existant "sous réserve des droits des créanciers garantis", ils ne peuvent donc entrer en conflit avec ceux des créanciers garantis:

---affaire Polycoating & Films Ltd. (1964) 8 C.B.R. nouvelle série 163.

Il y a plusieurs arrêts qui sont souvent cités pour soutenir la prétention que le propriétaire jouit d'une priorité à l'égard des autres créanciers garantis, mais ces arrêts furent tous rendus avant 1962, année de l'arrêt rendu dans l'affaire Gingras Automobile, et ne s'applique plus. Il ne faut donc pas que les syndics se méprennent sur ce point. Voici, pour mémoire, la liste de ces arrêts:

---affaire Spivack et Ettenberg (1927) 33 R.J. 118 (S.C.).

---L'expansion Jéromienne Inc. c. Delma Plastics Ltd. et la Banque Canadienne Nationale (1950) C.S. 326.

---affaire Alfandry Inc.: Grobstein c. Peel Street Realties Ltd. (1958) 36 C.B.R. 85 (S.C.).

---affaire Bernard Hardware Co.; (1935-1936) 17 C.B.R. 293.

L'arrêt rendu dans une affaire récente traite la créance du propriétaire comme une créance garantie: affaire Fermo's Creations Inc. (1969) 10 D.L.R. (3^{e}) 560 (Q.C.A.). Or, il faut remarquer que ce jugement repose sur la Loi sur les liquidations, chapitre W-10 des Statuts révisés du Canada 1970, qui ne comporte aucune disposition correspondant à l'article 107 de la Loi sur la faillite. L'arrêt cité n'est donc pas applicable aux affaires de faillite.

Pour la même raison, les dispositions du Code civil qui visent à conférer au propriétaire la priorité à l'égard d'autres créanciers privilégiés, ne s'appliquent pas en cas de faillite.

PREPONDERANCE DE LA LOI SUR LES BANQUES

Le paragraphe (1) de l'article 89 de la Loi sur les banques donne priorité à la garantie prévue par l'article 88, dans les termes suivants:

> "89.(1) Tous les droits et pouvoirs de la banque relatifs aux biens...affectés à une garantie à elle donnée en vertu de l'article 88...priment, sous réserve des dispositions du paragraphe (4) de l'article 88...tous les droits subséquemment acquis dans, sur ou concernant ces biens, ainsi que la réclamation de tout vendeur impayé; mais cette priorité n'est pas accordée sur la réclamation d'un vendeur impayé qui avait un privilège sur les biens à l'époque de l'acquisition, par la banque,...de la garantie, à moins que celle-ci n'ait été acquise sans que la banque eût connaissance de ce privilège..."

L'alinéa a) du paragraphe (4) de l'article 88 dispose que les "droits subséquemment acquis" comprennent les droits des "subséquents acheteurs ou créanciers hypothécaires de bonne foi des biens affectés à la garantie..."

Parce que la Loi sur les banques est une loi fédérale, elle l'emporte sur toute législation provinciale qui est en contradiction avec les dispositions de l'article 88 sur la garantie:

> ---affaire Right Electronics Company Limited: Banque Canadienne Nationale c. Lefaivre (1951) B.R. 83, arrêt infirmant (1951) C.S. 75.

La garantie prévue par l'article 88 a donc préséance sur presque toutes les garanties instituées par les lois provinciales.

> On se rappellera que l'article 183 de la Loi sur la faillite énonce qu'"aucune disposition de la présente loi ne doit gêner ou restreindre les droits et privilèges que la Loi sur les banques confère aux banques et aux corporations bancaires."

LIMITES DE LA PRIMAUTE DE LA LOI SUR LES BANQUES

Cependant, la Loi sur les banques même limite la préséance de la garantie prévue par l'article 88; en effet, le paragraphe (5) de cet article la subordonne, dans trois cas, aux droits d'autres créanciers:

> (5) Nonobstant le paragraphe (2) et nonobstant le fait qu'un préavis d'une personne donnat une garantie sur des biens selon le présent article a été enregistré en conformité du présent article, lorsque, sous l'autorité de la Loi sur la faillite, une ordonnance de séquestre est rendue contre cette personne ou qu'une cession est effectuée par cette dernière,
>
> a) les réclamations pour salaires, traitements ou autre rémunération dus, à l'égard de la période de trois mois qui précède immédiatement la date où cette ordonnance a été rendue, ou cette cession effectuée, aux employés de cette personne engagés dans l'entreprise ou la ferme relativement à laquelle les biens affectés à la garantie ont été détenus ou acquis par cette personne, et
>
> b) les réclamations
>
> (i) d'un producteur de produits périssables de l'agriculture qui sont des produits directs du sol pour des montants dus par un fabricant au producteur pour de tels produits qui ont été cultivés par lui sur une terre dont il est le propriétaire ou le locataire et qui ont été livrés au fabri-

cant au cours de la période de six mois qui précède immédiatement la date où cette ordonnance a été rendue ou cette cession effectuée, ou

(ii) d'un producteur de produits laitiers pour des montants dus par un fabricant au producteur pour de tels produits qui ont été produits sur une terre dont il est le propriétaire ou le locataire et qui ont été livrés au fabricant au cours de la période de six mois qui précède immédiatement la date où cette ordonnance a été rendue ou cette cession effectuée, jusqu'à concurrence de sept mille cinq cents dollars du montant des réclamations du producteur, ou jusqu'à concurrence du montant total de ses réclamations, si un tel montant est de sept mille cinq cents dollars ou moins, prennent un rang plus élevé que les droits de la banque dans une garantie donnée à celle-ci aux termes du présent article, selon l'ordre dans lequel ils sont mentionnés aux présentes, et si la banque prend possession ou de quelque manière, aliène les biens affectés à la garantie, la banque est responsable de semblables réclamations jusqu'à concurrence du montant net réalisé lors de l'aliénation de ces biens, déduction faite des frais de réalisation, et la banque est subrogée dans tous les droits et à tous les droits de ces réclamants jusqu'à concurrence des montants à eux payés par la banque."

Deux particularités du paragraphe (5) de l'article 88 sont dignes de remarque.

La première est que l'alinéa a) du paragraphe (5) de l'article 88 rend au créancier privilégié de l'alinéa d) du paragraphe (1) de l'article 107 de la Loi sur la faillite la priorité qu'autrement l'article 183 de la Loi sur la faillite et le paragraphe (1) de l'article 89 de la Loi sur les

banques lui refuseraient. Il s'en trouve même beaucoup plus favorisé, passant du quatrième rang des créanciers privilégiés au premier rang des créanciers garantis.

La deuxième particularité est que l'alinéa b) du paragraphe (5) de l'article 88 rend à certaines catégories de vendeurs impayés (mais non à tous les vendeurs impayés) les droits dont les prive le paragraphe (1) de l'article 89.

CLASSEMENT PAR PRIORITE DES GARANTIES MOBILIERES

Nous examinerons maintenant, dans le présent supplément spécial, les contradictions entre les garanties touchant chaque type de biens, nous ferons une brève mention des jugements portant sur les divers litiges et nous nous en servirons pour établir des priorités. Nous considérerons les biens dans l'ordre suivant:

1. stock,
2. cessions générales des dettes actives,
3. machines et équipment.

I. STOCK

Les créanciers garantis dont les réclamations peuvent entrer en conflit sont les suivants:

a) les travailleurs conservant le stock qu'ils ont amélioré ou réparé,

b) certaines catégories de vendeurs impayés,

c) les banques détenant une garantie en vertu de l'article 88,

d) tous les autres vendeurs impayés, y compris ceux qui ont des droits sur des marchandises à 30 jours,

e) les fiduciaires des actes de fiducie.

Ils se classent dans cet ordre pour les raisons suivantes:

(i) L'ouvrier doit garder le stock en sa possession pour conserver son droit d'être remboursé: article 441 du Code civil. S'il le fait, son droit passe même avant celui du propriétaire. Il se classe donc avant tous les autres créanciers énumérés, y compris les banques détenant une garantie en vertu de l'article 88:

---Banque de Montréal c. Guaranty Silk Dyeing and Finishing Company Limited (1934-1935) 16 C.B.R. 363 (C.A. de l'Ont.), modifiant en partie 16 C.B.R. 104.

Bien que la Loi sur les banques vienne quelquefois en conflit avec la législation provinciale, le droit de propriété qui est accordé aux banques est assujetti aux mêmes restrictions que celles que les lois provinciales imposent aux autres propriétaires:

---le Procureur général du Canada c. Mandigo (1965) B.R. 259.

(ii) L'article 89(1) de la Loi sur les banques accorde la priorité à la garantie, en vertu de l'article 88, ..." sur la réclamation de tout vendeur impayé". Comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 88(5)(b) de la Loi sur les banques stipule qu'advenant la faillite d'un fabricant qui a accordé une garantie en vertu de l'article 88, les catégories suivantes de vendeurs impayés prennent un rang plus élevé que la garantie en vertu de l'article 88, à titre d'exceptions à l'article 89(1):

(1) les producteurs de produits périssables de l'agriculture qui sont des produits directs du sol;

(2) les producteurs de produits laitiers;

Une telle priorité est assujettie aux conditions suivantes:

a) ces vendeurs doivent avoir cultivé eux-mêmes leurs produits sur des terres dont ils sont les propriétaires ou les locataires,

b) ces produits ont dû être livrés au fabricant au cours de la période de six mois qui précède immédiatement la date à laquelle la cession a été effectuée ou l'ordonnance de séquestre a été rendue (non pas le dépôt de la requête de mise en faillite: la Loi sur les banques exclut spécialement la mise en oeuvre du principe de "rétroactivité" de l'article 50(4) de la Loi sur la faillite, en ne précisant pas "la date de la faillite"),

c) la somme maximum qui jouit d'une priorité sur la garantie prévue par l'article 88, quant à ces créances, est de $7,500: pour ce qui est du solde, s'il y a lieu, les créances viendront après la garantie accordée en vertu de l'article 88 (voir ci-dessous),

d) les producteurs de produits périssables se classent avant les producteurs laitiers.

Si toutes ces conditions ne sont pas respectées, ces catégories de requérants se classeront après la garantie accordée en vertu de l'article 88.

(iii) A part les exceptions mentionnées précédemment, l'article 89(1) de la Loi sur les banques accorde la priorité à la garantie en vertu de l'article 88 "...sur la réclamation de tout vendeur impayé". Par conséquent, la garantie accordée en vertu de l'article 88 a la priorité sur les droits dans le cas de marchandises à 30 jours, ne relevant pas des dispositions de l'article 88 (5)b) de la Loi sur les banques:

---Ackroyd Brothers (Canada) Limited c. Brackon Products Inc. et la Banque de Nouvelle-Ecosse (1948) C.S. 407.

---Dans l'affaire Paramount Leather Goods Co. Inc. (1957-1958) 37 C.B.R. 93 (S.C.)

---Bock & Tetreau Limitée c. La Fonderie de L'Islet Limitée et la Banque Canadienne Nationale (1971) C.S. 379.

(iv) On propose que les droits du vendeur de marchandises à 30 jours aient préséance sur les droits du fiduciaire. Le droit de résolution du vendeur, en vertu de l'article 1543 du Code civil, signifie que la vente se fait avec condition résolutoire: autrement dit, après résolution de la vente, la situation entre le vendeur et l'acheteur redevient ce qu'elle était avant la vente, et parce que les conditions résolutoires sont rétroactives (article 1088 du Code civil), l'acheteur est censé n'avoir jamais acquis la propriété des marchandises. L'acheteur aurait pu donné une hypothèque, au fiduciaire, uniquement sur les biens dont il pouvait devenir propriétaire. Vu que dans une telle situation, il est censé n'avoir jamais été le propriétaire, il ne pouvait pas donner une hypothèque sur les marchandises à 30 jours au fiduciaire.

II. CESSIONS GENERALES DES DETTES ACTIVES

Les créanciers garantis dont les droits peuvent entrer en conflit, sous la présente rubrique, sont les suivants:

a) les cessionnaires de dettes particulières,
b) les cessionnaires généraux de dettes actives,
c) les banques détenant une garantie en vertu de l'article 88, sans qu'une cession générale soit enregistrée,
d) le fiduciaire, en vertu d'un acte de fidéicommis, sans qu'une cession générale n'ait été enregistrée--Loi des pouvoirs spéciaux des corporations S.R.W. 1964, chap. 275, art. 26.

(i) En règle générale, le premier cessionnaire qui remplit toutes les conditions d'enregistrement et de publication de l'avis d'enregistrement, se classe le premier, en vertu de l'article 1571 du Code civil, pour ce qui est de toutes les dettes actives:

---Banque de Commerce Canadienne Impériale c. General Factors Limited (1968) R.C.S. 435, à la p. 440, confirmant (1966) B.R. 994.

---City Bank c. White (1873) 17 L.C.J. 335 (C.A.), confirmant (1873) 17 L.C.J. 141.

---Côté c. Paradis (1897) 11 C.S. 2.

(ii) Lorsque la banque détenant une garantie en vertu de l'article 88 ne possède pas une cession générale qui a été enregistrée, mais a pris possession de la garantie avant qu'un autre cessionnaire n'enregistre une cession générale, la banque a la priorité sur toutes les cessions découlant directement des ventes du stock visé par la garantie de l'article 88, avant même le cessionnaire général--art. 89(1) de la Loi sur les banques--, et le cessionnaire général a la priorité sur la banque pour tout ce qui concerne les autres dettes actives:

---Affaire Canadian Western Millwork Ltd; Flintoft c. la Banque Royale du Canada (1964) 44 D.L.R. (2^{e}) 47, à la p. 54, confirmé par (1964) R.C.S. 631.

Lorsqu'un fiduciaire n'a pas enregistré la cession générale des dettes actives que la Loi des pouvoirs spéciaux des corporations englobe automatiquement parmi les biens grevés, il ne peut commencer à toucher les dettes actives avant que la garantie ne devienne applicable en vertu des conditions de l'acte de fidéicommis et que des avis à cet effet aient été publiés en conformité de l'article 26 de cette loi.

S'il a enregistré une cession générale des dettes actives, cela ne peut se faire alors que par gage et non par propriété:

---Laliberté c. Larue (1931) R.C.S. 7, confirmant (1930) 48 B.R. 390.

Il pourra commencer à récupérer les dettes actives seulement après que l'acte de fidéicommis sera exécutoire, mais il ne sera pas obligé d'attendre que les avis soient publiés.

Entre une garantie en vertu de l'article 88 et un acte de fidéicommis, la priorité sur les dettes actives est déterminée suivant celle qui est accordée en premier par le débiteur (en supposant qu'on n'ait pas enregistré la cession générale).

Lorsque la garantie en vertu de l'article 88 est accordée en premier, l'acte de fidéicommis est nul et non avenu, pour ce qui est du stock et des dettes actives découlant des ventes de ces biens, parce que la banque aurait la propriété du stock et de ces dettes actives, et le débiteur ne pourrait pas légalement hypothéquer ce qui ne lui appartient pas:

---Lord c. Canadian Last Block Company et la Banque Royale (1917) 51 C.S. 499.

D'autre part, si l'acte de fidéicommis est donné avant la garantie de l'article 88, la banque acquiert alors la propriété des biens, uniquement sous réserve des privilèges déjà imposés par l'acte de fidéicommis. L'article 89(1) protège les droits de la banque, en vertu de la garantie prévue par l'article 88, uniquement contre des créanciers ultérieurs, et non pas contre des créanciers dont les droits sont antérieurs, dans le temps, à la garantie de l'article 88. Malgré la priorité que détient la Loi sur les banques sur les lois provinciales venant en contradiction avec elle, le droit de propriété qu'implique la garantie en vertu

de l'article 88, est assujetti à toutes les restrictions qu'imposent les lois provinciales aux propriétaires:

---Procureur général du Canada c. Mandigo (1965) B.R. 259,

D'après l'une de ces restrictions, quiconque acquiert la propriété de biens déjà grevés de privilèges ou de charges, demeure assujetti à ces privilèges jusqu'à ce qu'ils soient levés par le paiement des dettes qu'ils garantissent.

Par conséquent, lorsque la garantie de l'article 88 est accordée sur le stock et qu'un acte de fidéicommis porte déjà sur ce stock et les dettes actives découlant de la vente du stock, les dettes actives appartiennent au fiduciaire et non pas à la banque.

(iii) Lorsque les dettes actives ont été cédées à un créancier en vertu d'une cession générale, et qu'ensuite certaines de ces dettes sont spécialement cédées à un autre créancier, le cessionnaire particulier détient les titres de ces créances spécifiquement cédées en priorité sur le cessionnaire général:

---La Banque de Commerce Canadienne Impériale c. General Factors Limited (1968) R.C.S. 435, à la p. 440, confirmant (1966) B.R. 994.

(iv) Sommaire: cessions générales des dettes actives

Compte tenu de ces règles, les créanciers dont les garanties sont en conflit, se classent dans l'ordre suivant de priorités:

(1) Lorsque tous les droits sont enregistrés, le premier dans le temps a priorité sur tous les autres;

(2) lorsque certains droits ne sont pas enregistrés

a) une cession particulière a toujours la priorité sur une cession générale,

b) une cession générale, qui a été enregistrée, a la priorité sur une cession générale qui n'est pas enregistrée,

c) lorsque la garantie de l'article 88, sans qu'une cession générale ait été enregistrée, est donnée avant un acte de fidéicommis, si la cession du fiduciaire est ensuite enregistrée

i) la banque a la priorité sur toutes les dettes active découlant des ventes du stock;

ii) le fiduciaire a la priorité sur toutes les autres dettes actives.

d) si l'acte de fidéicommis, accompagné d'une cession générale enregistrée, est accordé avant la garantie de l'article 88, la banque peut recouvrer les dettes actives tant qu'il n'y a pas manquement à l'acte de fidéicommis; à ce moment, c'est la fiduciaire qui recouvrent ces dettes,

e) si l'acte de fidéicommis, sans cession générale enregistrée, est accordé avant la garantie de l'article 88, la banque peut recouvrer les dettes actives jusqu'à la publication des avis de manquement à l'acte de fidéicommis; à ce moment, le fiduciaire recouvre ces dettes.

III. MACHINES ET MATERIEL

Les créanciers garantis dont les intérêts peuvent entrer en conflit, sous la présente rubrique, sont les suivants:

a) les ouvriers gardant en leur possession les machines qu'ils ont améliorées et réparées,
b) le détenteur du nantissement commercial,

c) le fiduciaire en vertu d'un acte de fidéicommis.

Ils se classent dans cet ordre pour les raisons suivantes:

1. l'ouvrier doit garder en sa possession les biens réparés afin de conserver son droit d'être remboursé (article 441 du Code civil). S'il le fait, il se classe avant le détenteur du nantissement commercial:

---Elliott Krever and Associates Limited c. Montreal Casting Repairs Ltd. et Universal Waste Materials Inc. (1969) C.S. 56.

2. le détenteur du nantissement commercial se classe avant le fiduciaire, indépendamment de la date à laquelle ces deux garanties ont été accordées, en raison de l'ordre de préférence fixé par l'article 1994 du Code civil et l'article 24 de la Loi des pouvoirs spéciaux des corporations.

GARANTIES IMMOBILIERES

INTRODUCTION

Le syndic rencontre le problème des garanties immobilières lorsque les créanciers garantis réclament les biens de la masse pour les réaliser, ou encore le syndic peut les réaliser lui-même, si la faillite comporte un actif, en se servant de la procédure requise par les articles 64 à 68 et 100(3) de la Loi sur la faillite et répartir le produit de cette réalisation entre les créanciers qui détiennent des garantis sur ces biens. Le lecteur trouvera une analyse plus détaillée de cette procédure à la partie intitulée: "Modes de réalisation".

Il existe deux genres de garanties sur les biens immeubles:

(1) les privilèges sur les immeubles qui sont complètement distincts des privilèges sur les biens meubles dont on a parlé plus haut au sujet des nantissements, nantissements commerciaux, droits du vendeur impayé et actes de fiducie; ces privilèges sont régis par les articles 1992 et 2009 à 2015 inclusivement du Code civil;

(2) les hypothèques, qui sont régies par les articles 2016 à 2081a inclus du Code civil et qui ne s'appliquent pas aux biens meubles (Code civil, article 2022), sauf l'hypothèque sur les biens meubles créé par acte de fiducie (dont on a parlé plus haut) comme l'autorise la Loi des pouvoirs corporatifs spéciaux, S.R.Q. 1964, chap. 275, art. 22.

Comme ce supplément spécial part du principe que toutes les garanties indiquées sont valides du point de vue légal, on n'étudiera pas les conditions de validité. Le lecteur trouvera une étude de la validité légale dans l'"Etude du droit immobilier" dans le cahier du colloque du 24 novembre 1972 à Montréal.

Ce supplément spécial tente de décrire la priorité ordinaire de ces privilèges et de mettre le syndic au courant des pièges qu'il peut rencontrer en cas de modification de l'ordre de ces priorités par contract privé.

DEFINITIONS

"Le privilège est le droit qu'a un créancier d'être préféré à d'autres créanciers suivant la cause de sa créance. Il résulte de la loi..." (Code civil article 1983).

"L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation en vertu duquel le créancier peut les faire vendre en quelques mains qu'ils

soient, et être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps, tel que fixé dans ce Code" (Code civil article 2016).

Voici quelques commentaires qui permettront au lecteur de mieux comprendre ces définitions et de saisir les différences importantes entre elles.

D'abord, les privilèges ainsi que les hypothèques règlent la priorité des créanciers, qui les détiennent, dans l'ordre de paiement sur le produit de la vente judiciaire des immeubles qui sont assujettis à ces privilèges ou hypothèques.

Deuxièmement, les privilèges résultent de la loi, c'est-à-dire que seule une loi peut les créer. Deux ou plusieurs parties qui se lient par contrat ne peuvent pas créer des privilèges en vertu de ce contrat. La seule façon dont un créancier contractuel peut obtenir un privilège, c'est de faire appel à une loi qui était en vigueur le jour où le contrat est entré en vigueur, si cette loi confère un privilège à ce type de contrat. Si une telle loi existe, le privilège est lié de façon automatique au contrat, que les parties l'y mentionnent ou non. Si une telle loi n'existe pas, il ne peut être question de privilège, peu importe les conditions insérées dans le contrat par les parties.

Troisièmement, la loi confère des privilèges à certains types de créances pour certaines raisons de l'ordre de politique économique. Ainsi, la loi confère aux métiers de la construction des privilèges sur les immeubles qu'ils construisent afin de protéger leurs créances et les inciter à construire de meilleurs édifices. La loi détermine donc la catégorie de créancier, habituellement en fonction de la profession ou du métier, qui peut jouir du privilège. Aucune autre catégorie de créancier ne peut en jouir. C'est ce que signifie l'article 1983 en conférant le privilège en fonction de l'origine de la créance. Par exemple, les privilèges des métiers de la construction sont fondés sur les contrats de construction parce que la loi le veut ainsi.

Quatrièmement, à l'encontre des privilèges, les hypothèques peuvent résulter de la loi ou être créées par contrat. En pratique, puisqu'on rencontre beaucoup plus souvent des hypothèques contractuelles que des hypothèques qui résultent uniquement de la loi, nous nous en tiendrons, dans ce supplément spécial, aux seules hypothèques contractuelles.

CONFLITS ENTRE GARANTIES IMMOBILIERES

Dans ce supplément spécial, chaque fois que nous parlons des garanties immobilières, il s'agit des garanties qui existent sur le même lot au cadastre ou le même ensemble de lots au cadastre (le cadastre est la division juridique des terrains en vertu des plans déposés aux bureaux d'enregistrement des titres fonciers (Code civil article 2166)). En conséquence, lorsque le supplément parle de conflits entre garanties, il parle de conflit entre deux ou plusieurs garanties enregistrées au sujet du même lot ou du même ensemble de lots. Il parlerait ainsi d'une hypothèque et d'un privilège qui sont tous les deux enregistrés sur un lot appelé le "Lot A"; si le même débiteur possède deux lots, appelés le "Lot A" et le "Lot B", et s'il n'y a qu'un privilège sur le Lot A et qu'une hypothèque sur le Lot B, il n'y aurait pas de conflit.

Il se peut cependant que les garanties grèvent des parties différentes du terrain ou des bâtiments d'un seul et même lot. Cela s'explique, sauf certaines exceptions, parce que "la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous" (Code civil art. 414, al.1). Les exceptions peuvent résulter, en ce qui a trait aux travaux sous-terrains, de lois relatives aux mines ou règlements municipaux relatifs aux égouts, aux câbles de téléphone, etc. et, en ce qui a trait aux constructions en surface, de règlements municipaux ou de servitudes ou de règlements portant sur la navigation aérienne relatifs à la hauteur des bâtiments.

Une exception très importante, soit la co-propriété par déclaration, communément appelée "condominium", résulte des modifications apportées au Code Civil par la loi S.Q. 1969, chap. 76. Dans le cas d'un condominium, une personne peut posséder seulement une partie de l'immeuble, par exemple un logement dans un édifice qui en comporte deux ou plus, et la posséder comme entité distincte dont elle peut transférer la propriété sans égard à la propriété de toute autre partie (Code civil, articles 441c,

441h). Elle peut aussi hypothéquer la partie dont elle est propriétaire et celle-ci peut être grevée de privilèges en faveur de créanciers qui y ont droit en vertu de la loi, et ces privilèges ne grèveraient que la partie dont elle est propriétaire si les obligations qu'ils garantissent ne touchent que cette personne et son créancier. Si l'immeuble entier (pas seulement la partie dont cette personne est propriétaire) est grevé d'un privilège ou d'une hypothèque, cette charge est divisée entre toutes les parties distinctes proportionnellement à la valeur de chacune (Code civil article 441j).

PRIORITE ENTRE LES PRIVILEGES ET LES HYPOTHEQUES

Les privilèges prennent rang avant les hypothèques.

Même s'il n'existe aucun texte de loi explicite à ce sujet, on peut le déduire du fait que les privilèges sont mentionnés en premier lieu à l'article 1982, dans l'ordre où ces sujets sont traités dans le Code civil (privilèges: articles 1983 à 2015, hypothèques: articles 2016 à 2081a), et dans l'article 2130 qui traite de la priorité.

PRIORITE ENTRE LES PRIVILEGES

Il s'agit d'une question très complexe du fait que les privilèges ne sont pas seulement créés par le Code civil qui les énumère à l'article 2009, mais aussi par beaucoup d'autres lois, surtout des lois fiscales, qui leur donnent aussi un rang dans la liste de l'article 2009. On ne tentera pas d'énumérer ces privilèges ici. De toute façon, cette liste ferait souvent l'objet de modifications.

Dans l'optique restreinte de cette partie du supplément, il suffit de souligner que l'article 107 de la Loi sur la faillite prévaut sur les stipulations contraires du Code civil en matière de priorité, ce qui veut dire que les gros créanciers privilégiés sur les immeubles qui comptent parmi les "créanciers garantis" définis à l'article 2 de la Loi sur la faillite sont, dans l'ordre, les suivants:

(1) les privilèges de la construction (qui sont l'équivalent au Québec de ce qui est connu comme mechanics' liens dans les provinces de droit coutumier) Articles 2009(7) et 2013 à 2013(f) inclus, et qui comportent, en vertu de l'article 2013c, l'ordre suivant de privilèges:

a) l'ouvrier, pour vingt jours d'arrérages de salaire;

b) le fournisseur de matériaux, pour le prix des matières premières et des articles fabriqués qui entrent dans la construction;

c) le constructeur, ce qui signifie l'entrepreneur général et le sous-traitant, pour le prix de leur travail;

d) l'architecte, pour ses honoraires professionnels;

(2) le privilège du vendeur d'un immeuble qui n'a pas été payé, pour le prix de vente.

D'une façon générale, les privilèges qui prennent le même rang partagent proportionnellement le produit de la vente (Code civil article 1985). L'article 2013b du Code civil et les articles 721 et 722 du Code de procédure civile apportent une exception importante à cette règle et nous en parlerons en détail un peu plus loin.

De plus, les droits privilégiés tirent leur priorité respective de la loi seulement et non de la date où ils prennent naissance ou sont enregistrés.

PROCEDURE CONCERNANT LES PRIVILEGES DE LA CONSTRUCTION

Les privilèges de la construction comportent une procédure spéciale décrite dans l'extrait suivant de l'article de M. J.W. Hemens,

c.r., intitulé "Privileges and Hypothecs" et qui forme le chapitre VII des Meredith Memorial Lectures on Real Estate Law, Université McGill, 1962, pp. 66 à 67:

"Il existe cependant trois situations possibles où le produit de la vente forcée peut être insuffisant pour acquitter toutes les créances privilégiées et où il faut faire appel à ce qu'on appelle la ventilation ou l'évaluation relative. Le Code de procédure civile décrit ainsi ces situations à l'article 721:*

> "1. lorsque plusieurs immeubles ou parties d'immeubles ou de terrains affectés séparément à différentes créances sont vendus pour un seul et même prix;
>
> 2. lorsque le prix du fonds vient à l'ordre concurrement avec le privilège du constructeur;
>
> 3. lorsqu'un créancier a une réclamation privilégiée sur une partie de l'immeuble, à raison d'impenses ou d'autres causes."

La procédure suivie dans ce cas s'appelle la ventilation ou l'évaluation relative. La condition essentielle pour demander la ventilation est que le bien ait été vendu en justice et que le produit ne suffise pas à acquitter complètement les créances dont il est grevé.

Il serait peut-être utile de vous donner un exemple de la signification exacte de la ventilation. Vous pourriez donc réfléchir à l'exemple suivant donné par M. Marler dans The Law of Real Property:

---

*Il s'agit de l'art. 805.

"A, le propriétaire, engage B à titre d'entrepreneur en plomberie et en chaffage et C à titre d'entrepreneur pour la brique. Dans les deux cas, le contrat stipule qu'ils doivent engager et payer leurs ouvriers, et fournir les matériaux requis. Le propriétaire ne paie ni B ni C, et l'édifice achevé est donc vendu en justice. On fait une évaluation relative et l'on détermine que B a contribué une valeur additionelle de $2,000, et C une valeur additionnelle de $1,000. B a acquitté ses factures pour les fournitures et payé ses employés. C n'a fait ni l'un ni l'autre. Dans la répartition du produit de la vente, B sera payé de préférence à tous les autres créanciers pour le montant alloué à ses impenses et, sur le montant alloué pour les impenses de C, les premiers payés seraient les ouvriers qu'il a engagés. En d'autres termes, C ne peut se réclamer d'un privilège pour les impenses qui résultent du travail de B, ni aucune autre personne qui acquiert un droit par leur intermédiaire. Chaque requérant est garanti par un privilège pour la valeur additionnelle que représente son travail et, dans le cas du fournisseur de matériaux, pour la valeur additionnelle que représentent les matériaux qu'il a fournis."

"Sans ces dispositions, il est évident qu'un des sous-traitants, c'est-à-dire B, serait en position nettement désavantageuse par rapport à C puisque le premier aurait payé ses ouvriers et ses matériaux alors que l'autre ne l'aurait pas fait. Si l'on ne suivait pas ces principes de ventilation, la loi ne donnerait pas effet aux principes mêmes sur lesquels un privilège est fondé."

"Il faudra aussi avoir recours à cette procédure lorsqu'il y a un vendeur impayé d'un terrain et qu'il devient nécessaire d'établir quelle proportion du prix de vente représente le bâtiment et quelle proportion représente le terrain."

"Pour illustrer ce dernier point, supposons que le terrain est vendu alors qu'il est affecté d'un privilège du vendeur pour une valeur de $1,000. L'entrepreneur enregistre un privilège de $5,000. La propriété est vendue par vente forcée et produit $3,500. L'évaluation relative établit que le terrain vaut $2,000, et le bâtiment vaut $5,000. La Loi présume alors que le terrain représente les deux septièmes du prix, et le bâtiment les cinq septièmes, et, en conséquence, le vendeur impayé reçoit les deux septièmes des deniers disponibles, soit $1,000, et l'entrepreneur les cinq septièmes qui restent, soit $2,500."

PRIORITE ENTRE HYPOTHEQUES

L'ordre de priorité des hypothèques se fonde sur la date de leur enregistrement au bureau d'enregistrement des titres immobiliers - Articles 2047, 2082, 2083, 2130(3) du Code civil.

Cet ordre ne se fonde pas sur la date du contrat dont l'hypothèque fait partie.

CHANGEMENTS CONTRACTUELS DE L'ORDRE LEGAL DES PRIORITES DES GARANTIES IMMOBILIERES

Dans la présente partie du supplément spécial qui traite des priorités entre garanties mobilières, il a été possible d'établir, avec un degré raisonnable de certitude, l'ordre exact des priorités pour les diverses catégories de biens. Il est presque impossible d'en faire autant pour ce qui a trait aux garanties immobilières. En dépit du fait que la législation a établi l'ordre fondamental décrit précédemment en ce qui concerne les privilèges et hypothèques, cet ordre peut être, et est très fréquemment, changé par l'effet de contrats entre les

créanciers hypothécaires, et entre, d'une part, les créanciers privilégiés et, d'autre part, les créanciers hypothécaires. Comme nous le verrons bientôt, les syndics vont probablement rencontrer de telles situations dans les faillites d'entreprises de construction ou de celles qui s'y rattachent.

Plusieurs raisons expliquent cette différence entre les garanties mobilières et les garanties immobilières.

Les garanties mobilières mentionnées précédemment dans ce supplément spécial ont toutes été créées par la loi, et sont annexées par la loi à divers contrats. De telles lois indiquent très clairement que les garanties sont des droits d'exception pour les créanciers qui les détiennent (article 1981 du Code civil), et, à ce titre, les dispositions juridiques qui les concernent sont interprétées et appliquées de façon très stricte et limitative. La raison en est que, dans les cas où une loi fixe des règles générales et des exceptions à ces règles, le fait de laisser les exceptions couvrir un champ trop étendu ou se multiplier numériquement pourrait porter sérieusement atteinte à la règle générale. En outre, les garanties ont essentiellement un caractère, pour ainsi dire, d'exception, à cause d'un nouvel élément qu'elles introduisent dans le droit ordinaire des contrats et de la distinction traditionnelle et très importante que l'on fait entre la propriété ou le titre juridique portant sur des biens et la possession matérielle de ces biens, tous ces éléments constituant la base de l'ouverture de crédit. En premier lieu, les prêteurs s'appuieront généralement sur la possession de biens pour évaluer la solvabilité d'un candidat emprunteur, et la foi qu'ils accordent à cause de cette possession a une base fragile du fait de l'existence possible de privilèges qui sont ordinairement inapparents. Il en résulte une seconde caractéristique qui découle du caractère exceptionnel des garanties mobilières. La règle ordinaire de droit des contrats, c'est que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne peuvent, ordinairement, en avoir sur les

droits des "tiers", ce mot représentant, en général, quiconque n'a pas été mentionné en qualité de partie dans le contrat (quel que soit, effectivement, le nombre des parties contractantes). Lorsqu'il y a création d'une garantie, néanmoins, ceci a évidemment une incidence sur les droits de celui qui accorde un crédit, et il n'aura pas connaissance de l'existence de la garantie, à moins qu'on l'en avise spécialement. Pour cette raison, le droit cherche à protéger les droits des "tiers" en prévoyant l'enregistrement public ou des notifications, par d'autres moyens aux tiers, des droits qui peuvent les concerner. La rigueur de telles lois, ainsi que de leur interprétation et de leur application, se justifie par le souci du législateur pour la protection des tiers. Le même souci existe pour la protection des garanties accordées aux créanciers garantis concernés, face aux droits d'autres créanciers qui détiennent également des garanties valides. C'est là un motif qui invite à établir un ordre légal des priorités et à s'assurer qu'on y adhère. (Pour une étude plus approfondie de la protection des droits des tiers, le lecteur pourra consulter les Working Notes on Basic Property Law - Concepts of Possession and Ownership in Quebec * dans les textes reliés relatifs au colloque, qui eut lieu à Montréal le 24 novembre 1972).

Il y a théoriquement possibilité de changer l'ordre des priorités des garanties mobilières lorsque deux créanciers ou plus, qui détiennent de telles garanties, passent des contrats dans lesquels des créanciers mieux placés dans l'ordre des priorités consentent à subordonner leurs garanties à celles de créanciers moins bien placés dans cet ordre. Cependant, un important obstacle pratique à cette possibilité, au moins du point de vue juridique, est qu'il est difficile de déterminer avec certitude, à un moment donné, toutes les garanties existantes touchant un bien donné, de même que l'identité des détenteurs, étant donné que les droits privilégiés suivants sont exempts de l'obligation d'enregistrement ou de quelque autre publicité largement diffusée:

a) le droit de rétention des ouvriers;
b) les droits des vendeurs impayés;
c) les cessions particulières (qu'on distingue des cessions générales) des dettes actives.

Pareil obstacle diminue énormément la possibilité d'une entente qui modifierait l'ordre des garanties mobilières. On peut donc s'appuyer, sans crainte de se tromper, sur l'ordre légal.

Cependant, le cas des garanties immobilières diffère totalement.

Tout d'abord, toutes les hypothèques doivent être enregistrées avant de pouvoir produire des effets sur les droits des tiers (articles 2047, 2082, 2083, 2130(3) du Code civil) et, plus particulièrement, l'enregistrement établit l'ordre de priorité des hypothèques (article 2082). De plus, tous les privilèges, sauf celui des ouvriers de la construction ayant vingt jours d'arrérages de salaire (articles 2009(7), 2013, 2013a, 2013c(1), 2013d du Code civil) doivent être enregistrés pour être conservés (article 2103 du Code civil), cet enregistrement étant d'abord requis, assurément, pour pouvoir insérer les privilèges dans l'ordre légal déterminé par l'article 2009 du Code civil et par les autres lois qui modifient cet article. (En plus de l'enregistrement, il faut également agir très rapidement sur le plan juridique pour conserver ce privilège, mais ce point déborde le cadre de l'examen même des priorités et ne sera pas traité plus en détail).

La signification pratique de cette condition universelle de l'enregistrement est de permettre à toute personne qui se propose de faire des transactions sur un bien immobilier donné, soit à titre d'acheteur éventuel soit en qualité de prêteur, sur hypothèque ou moyennant un privilège légal qu'on lui attribue, de déterminer précisément, en jetant un simple coup d'oeil sur les registres du bureau d'enregistrement, où est inscrite la propriété immobilière concernée, quelles sont les charges de la propriété, en faveur de qui elles existent, quel montant elles garantissent et quel est

---

*"Etude des notions de base du droit des biens. Possession et droit de propriété au Québec"

leur rang dans l'ordre de priorité. Muni de ces renseignements, l'acheteur, ou le créancier éventuel, sait avec qui il doit négocier et sur quoi doit porter cette négociation, s'il veut obtenir par voie de contrat que des créances d'un rang supérieur à celui de ses propres créances leur soient subordonnées. Dans l'industrie de la construction, ce procédé est fréquemment utilisé par les personnes qui prêtent de l'argent à des propriétaires d'immeubles et qui prennent des hypothèques sur l'emplacement de la construction après le commencement des travaux, dans le but de financer la construction. Ordinairement, les privilèges de la construction qui s'appliquent aux travaux sont déjà en vigueur et ont normalement priorité sur l'hypothèque, et il y va de l'intérêt du prêteur de renverser cette priorité. Cette question sera traitée plus en détail dans la partie suivante.

Pour le moment, il suffira d'observer que l'hypothèque et les autres mécanismes (il en sera également question plus loin) sont des questions de contrats, et que, dans la mesure où certaines conditions juridiques fondamentales, telles que l'enregistrement, sont respectées, les parties contractantes sont entièrement libres de stipuler dans le contrat tout ce qui leur agrée, de façon légitime (article 13 du Code civil y compris des changements de l'ordre des priorités entre garanties immobilières. Pour la même raison, le nombre des permutations et des combinaisons de changements d'ordre n'est limité que par le degré d'ingéniosité des rédacteurs des contrats qui comportent de tels changements. Par conséquent, le présent supplément spécial ne prétend pas préciser encore l'ordre des priorités des garanties immobilières. Chaque ensemble de circonstances devra faire l'objet d'une étude particulière de la part du syndic, à mesure que les situations se présentent. Ce que nous nous proposons de faire dans le reste de ce supplément spécial, c'est de mettre le syndic au courant de certains pièges, parmi les plus fréquents, qu'il pourra rencontrer dans le dédale des complications inhérentes à ce sujet, et de le prévenir de telles éventualités.

MECANISMES MODIFIANT L'ORDRE LEGAL DES PRIORITES

En matière d'hypothèques, il existe deux mécanismes que l'on ajoute communément aux contrats afin d'accroître les pouvoirs du créancier privilégié de réaliser sa garantie:

a) la clause de la dation en paiement, qui s'accompagne d'une condition résolutoire (art. 1088 du Code civil) et en vertu de laquelle l'emprunteur, en cas de défaut de paiement, accorde ou transmet au prêteur l'entière propriété de l'immeuble grevé d'hypothèques, plutôt que de rembourser le prêt en espèces (Code civil, art. 1592);

b) la stipulation et le droit de résolution d'une vente d'immeuble faute du paiement du prix (art. 1537, 1532 et 1065 du Code civil), clause qui apparaît dans les actes de vente (par opposition aux prêts) au bénéfice du vendeur de l'immeuble, et que l'on qualifie souvent de "clause résolutoire".

pratique, il n'existe aucune différence entre ces deux mécanismes. Dans les deux cas, le créancier devient propriétaire de l'immeuble ou en reprend le titre avec effet rétroactif à la date de signature du contrat, et le débiteur est présumé ne jamais avoir été propriétaire. Puisque la seule personne qui peut consentir à une hypothèque sur des biens immobiliers en est le propriétaire (article 2037 du Code civil) et que le débiteur est présumé ne jamais avoir été propriétaire, l'hypothèque à laquelle il a consenti après la date de la signature du contrat est réputée ne jamais avoir été accordée. De même, les privilèges nés des contrats signés par le débiteur alors qu'il était propriétaire sont annulés avec effet rétroactif.

---Beaver Hall Investments Ltd. c. Ravary Builders Supply Co. Ltd. (1963) C.S. 388.

Ces clauses ont pour effet de donner au créancier un recours supplémentaire qui outrepasse tous les autres recours ordinaires et modifie l'ordre des priorités.

Un autre mécanisme communément utilisé dans le secteur de la construction, et que l'on qualifie parfois de "cession de la priorité d'une hypothèque" est le fait, pour un créancier privilégié, d'abandonner le rang de son privilège en faveur d'un créancier hypothécaire. En d'autres termes, un créancier privilégié (un entrepreneur en construction par exemple) consent à céder le rang de son privilège à un créancier hypothécaire, qui a avancé les fonds nécessaires à la construction de l'immeuble pour le compte du propriétaire, ce dernier ayant embauché l'entrepreneur en construction. Ce mécanisme tactique a pour effet de renverser la priorité habituelle des privilèges moins important, bien qu'il demeure toujours créancier privilégié en vertu de l'article 2 de la Loi sur la faillite.

Un autre mécanisme de ce genre est la renonciation totale au privilège, qui va plus loin qu'un simple abandon du rang puisqu'elle prive entièrement le créancier de son privilège, faisant de lui un créancier chirographaire. Des commerçants ont parfois été incités à signer de telles renonciations totales, qui pouvaient même constituer une condition préalable à l'obtention de contrats pour des projets de construction.

FONCTIONNEMENT DE LA CLAUSE DE DATION EN PAIEMENT

Une hypothèque sur des biens immobiliers, jointe à une clause de dation en paiement rédigée au bénéfice du créancier en vue de garantir le paiement de la dette, a pour effet de permettre au créancier, si un versement n'est pas fait, de s'approprier le bien immobilier grevé d'une hypothèque, en plus de pouvoir conserver toutes les sommes payées par le débiteur avant le défaut de paiement.

Ces clauses contiennent en général une disposition qualifiée de "clause de paiement par anticipation" qui stipule que, à défaut de payer un versement lorsqu'il devient exigible, le total du solde

impayé devient immédiatement exigible; la dation en paiement implique le transport du droit de propriété du bien immobilier hypothéqué à titre de paiement de ce solde en souffrance.

Avant 1964, on avait coutume d'ajouter à de telles transactions une clause portant que le paiement par anticipation et la dation en paiement prenaient effet automatiquement lors de la faillite de l'emprunteur.

Par conséquent, même si un débiteur avait payé au moins la moitié de sa dette, et même si le bien immobilier était d'une valeur supérieure à celle-ci (y compris les intérêts), le créancier conservait toutes les sommes payées, pouvait vendre l'immeuble à sa valeur marchande et, puisqu'il le possédait, était en droit de conserver le prix de vente intégral sans faire de remise au débiteur ou à son syndic de faillite.

La légalité de tels contrats, c'est-à-dire qu'ils ne contreviennent pas aux dispositions de la Loi sur la faillite, a été établie par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt: Bisonnette c. La Compagnie de finance Laval (1963) R.C.S. 616.

Evidemment, une telle entente a pour effet de donner au créancier des droits de propriété supérieurs à ceux d'un créancier privilégié, définis dans la Loi sur la faillite, puisque ce dernier n'a pas à réaliser sa garantie et à en remettre l'excédent au syndic. L'effet économique évident, en ce qui concerne la masse du failli, est d'enlever de l'actif une valeur bien supérieure à celle de la dette totale due au créancier.

Afin de corriger cet abus, l'assemblée législative du Québec a adopté en 1964 "une Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges" (12-13 Eliz S.Q. 1964, chap. 67) qui a été ajoutée au Code civil et constitue maintement les

articles 1040a à 1040e inclusivement. Ces articles enlèvent au créancier le droit de devenir automatiquement propriétaire dès le défaut de paiement. Le créancier doit plutôt faire une signification au débiteur et enregistrer, au bureau d'enregistrement, les titres immobiliers au sujet de l'immeuble hypothéqué, un avis de 60 jours (à compter de la date de la signification et de l'enregistrement) précisant le manquement du débiteur à son obligation (soit de payer le versement en cours) et en exigeant le paiement dans les 60 jours. Si des arriérés sont versés durant ce délai ou par la suite, mais avant que le droit de propriété des biens n'ait été transféré au créancier par un acte signé volontairement par le débiteur (ou par son syndic dûment autorisé par les inspecteurs en vertu de la Loi sur la faillite, article 12(11), ou encore par jugement du tribunal (le créancier ne peut effectuer de saisie sans jugement), le créancier ne peut agir, et le débiteur, ou son syndic de faillite, demeure propriétaire des biens. Les paiements comme tels ne peuvent être anticipés ou exigés.

---Arrêt Nadeau: Canada Permanent Trust Company c. Nadeau (1969) 15 C.B.R. n.s. 191;

---Forte c. Coast to Coast Paving Limited (1972) C.S. 718.

Si le débiteur est déclaré failli, il en résulte que le syndic peut demeurer en possession des biens immobiliers grevés d'hypothèques faisant partie de la masse du failli, en payant au créancier tous les arrérages alors exigibles. Dans ce cas, il empêche le créancier d'exercer son droit de devenir propriétaire grâce à la clause de dation en paiement. Néanmoins, cette clause existe généralement de concert avec l'hypothèque, donnant au créancier le choix, en cas de défaut de paiement par le débiteur, soit de se prévaloir de l'hypothèque, en demandant la vente en justice de l'immeuble et en possédant les premiers droits sur le produit de sa vente, soit d'exercer l'option de dation en paiement.

Toutefois, le créancier n'en demeure pas moins un créancier hypothécaire et est à ce titre un créancier privilégié, selon la définition de ce terme à l'article 2 de la Loi sur la faillite, et sous réserve des articles 98 à 105 inclus, traitant des créanciers privilégiés. Le syndic peut donc racheter la garantie, ou le créancier la réaliser. Si le créancier réalise la garantie, l'excès sur sa créance revient au syndic aux termes de l'article 68 de la loi. Le syndic peut également vendre les biens, s'il en demeure une partie pour le débiteur, en utilisant la procédure énoncée aux articles 64 à 68 de la Loi sur la faillite, puis faire la répartition en conséquence entre les créanciers privilégiés.

Le second alinéa de l'article 1040b du Code civil stipule qu'en cas de faillite du débiteur, le créancier n'a droit à aucune indemnité autre que l'intérêt et les frais (par exemple, dommages-intérêts pour absence de paiement, distincts du remboursement de la dette comme tel). En d'autres termes, il ne peut exiger des pénalités supplémentaires ou des dommanges-intérêts.

En vertu de l'article 1040e, les articles précédemment mentionnés ont effet "nonobstant toute convention contraire".

Si le syndic ne rachète pas les biens ou y renonce en vertu de l'article 12(1) de la Loi sur la faillite, le créancier désirant obtenir un jugement doit suivre la procédure énoncée à l'article 59, pour réclamer le droit de propriété. Son avis de 60 jours satisfait aux exigences de l'article 59.

LIMITATION DU DROIT DE LA DATION EN PAIEMENT ET DU RANG PRIORITAIRE DE L'HYPOTHEQUE

Une restriction législative importante touchant les clauses de dation en paiement a déjà été mentionnée, à savoir la possibilité qu'a le syndic ou "tout autre intéressé" à l'article 1040b du Code

civil, qui peut aussi se rapporter à tout autre créancier, d'arrêter le recours à la dation en paiement. Dans la pratique, cet arrêt rétablit le rang ordinaire en garantissant que les privilèges accordés après l'enregistrement de l'hypothèque assortie d'une dation en paiement ne seront pas annulés rétroactivement, mais se classeront en fait avant l'hypothèque.

Une autre restriction importante découle du fait que, si un débiteur ou son syndic donnait volontairement l'immeuble en paiement avant l'expiration du délai de 60 jours, à laquelle on ne peut renoncer en consentant à effectuer la cession plus tôt (article 1040e du Code civil), il priverait les autres créanciers de l'avantage de protéger leurs droits dans le délai de 60 jours en arrêtant le recours; par conséquent, les tribunaux ont jugé que la dation en paiement facultative qui se produit avant l'expiration du délai de 60 jours est faite sous réserve des droits des autres créanciers, c'est-à-dire que s'ils possèdent des privilèges qui normalement seraient éteints, ces derniers demeurent en vigueur jusqu'à la fin de la période de 60 jours:

---Lavoie c. Crédit Mauricien Inc. (1967) S.C. 629;

---Sirois c. Hovington (1969) B.R. 97.

Enfin, une troisième restriction provient de ce qui est presque une contradiction inhérente à la combinaison des recours de la dation en paiement et de la priorité de l'hypothèque. Elle dérive des considérations suivantes.

On a déjà mentionné que, sauf les irrégularités juridiques, l'application de la clause de dation en paiement éteint rétroactivement les privilèges ou les hypothèques enregistrés après l'enregistrement de la clause de dation en paiement. Elle ne touche cependant pas les privilèges ou les hypothèques qui avaient été enregistrés antérieurement. Ainsi, l'hypothèque qui s'accompagne d'une clause de dation en paiement devrait se classer après les obligations antérieures.

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un projet de construction, si certains travailleurs de la construction possèdent des privilèges à partir du jour où ils s'engagent à fournir leur travail, des matériaux, etc., et que, plus tard, un prêteur prend sur l'emplacement des travaux une hypothèque accompagnée d'une clause de dation en paiement et l'enregistre, le prêteur, au moment d'exercer son recours de dation en paiement, devient le propriétaire de l'immeuble sous réserve des privilèges antérieurs:

--- Belle Isle Lumber Inc. c. Craft Finance Corp. (1966) B.R. 135, confirmé par (1966) R.C.S. 661;

--- Nineteen Hundred Tower Ltd. c. Cassiani (1967) B.R. 787, confirmé par (1968) R.C.S. vi;

--- Sofinec Inc. c. Amico Inc. (1969) B.R. 941;

--- Roger Landry Limitée c. Place Saint-Gabriel Inc. (1973) C.S. 12.

Dans une tentative d'empêcher que son recours soit ainsi contrecarré, le prêteur demande aux gens de métier de renoncer aux privilèges, c'est-à-dire qu'en vertu de ces renonciations ils accordent au prêteur la priorité de l'hypothèque, lui permettant de procéder en premier.

La question se pose maintenant ainsi: comment procède-t-il? En utilisant la clause de dation en paiement, ce qui lui permettrait peut-être de réaliser un profit appréciable, et ne rien remettre à la masse si le recours n'est pas suspendu pendant le délai de 60 jours, ou en se prévalant de l'hypothèque antérieure? La réponse est la suivante: l'hypothèque et non la dation en paiement, pour la raison que voici. La dation en paiement, tout comme l'hypothèque, n'est qu'un

droit accessoire d'un droit principal de recouvrement de la créance. L'accessoire suit le principal en droit, de sorte que si le principal cesse d'exister, l'accessoire doit aussi cesser d'exister. L'exercice de la clause de dation en paiement acquitte la créance qui est de ce fait éteinte. Le principal étant maintenant éteint, l'hypothèque accessoire est également éteinte et, parallèlement, la priorité accordée par le créancier privilégié. Maintenant que la priorité accordée à l'hypothèque est éliminée, les privilèges reprennent leur rang prioritaire, et toute autre réalisation du prêteur devenu propriétaire est subordonnée à ces privilèges. En revanche, s'il se prévaut plutôt de l'hypothèque antérieure, la priorité lui permettrait de recouvrer sa créance prioritairement à tous ces autres privilèges et sans avoir à en tenir compte. Il ne peut cependant pas, contrairement à ce qui résulterait de la dation en paiement, garder tout le produit de la vente pour lui-même, mais ne peut que régler sa créance, laissant le solde, le cas échéant, aux autres créanciers privilégiés et, peut-être, à l'actif du failli.

Si, par ailleurs, le créancier hypothécaire a réussi à obtenir des renonciations totales à tous les privilèges qui existaient avant l'enregistrement de l'hypothèque et de la dation en paiement, le créancier n'a donc pas à hésiter à utiliser son recours de dation en paiement. Dans ce dernier cas, il ne se produirait pas de déplacement des priorités, étant donné que la renonciation aurait amené le retrait du droit au classement prioritaire, et seule la dation en paiement demeurerait. Les droits privilégiés, une fois abandonnés, ne revivraient pas et, par conséquent, ne pourraient toucher le recours de la dation en paiement.

Bankruptcy Seminar

Montreal

November 23, 1973.

TABLE OF CONTENTS

WORKING NOTES

I.	Duties of a Trustee in a Proposal	*Melvin C. Zwaig, c.a.*
II.	Role of an Interim Receiver in Bankruptcy	*L. Claude Mercure, c.a.*
III.	Highlights of the Roles of the Trustee, Debtor and Creditors in Bankruptcy Estates	*Melvin C. Zwaig, c.a.*
IV.	Landlord and Tenant Rights	*J. Bernard Carisse, M.C.L.*
V.	Methods of Realization of Bankruptcy Assets	*L. Claude Mercure, c.a.*
VI.	Order of Priorities in the Scheme of Distribution in Estates under the Bankruptcy Act	*J. Bernard Carisse, M.C.L.*

Bankruptcy Seminar
Montreal
November 23, 1973.

Working Notes on DUTIES OF A TRUSTEE IN A PROPOSAL

Melvin C. Zwaig, C.A.

DUTIES OF A TRUSTEE IN A PROPOSAL

TABLE OF CONTENTS

	PAGE
INTRODUCTION	1
PRELIMINARY CONSIDERATIONS	2
DIFFERENCES BETWEEN BANKRUPTCIES AND PROPOSALS AS REGARDS TRUSTEE'S DUTIES	9
DEBTOR FIRST APPROACHES THE TRUSTEE	12
IMPARTIALITY OF THE TRUSTEE	20
FINANCIAL CONSIDERATIONS CONCERNING THE PROPOSAL	22
CONSIDERATIONS CONCERNING CERTAIN KINDS OF CLAIMS	25
PROCEDURE IN PROPOSALS	27
I - PREPARING THE PROPOSAL	28
II - FILING THE PROPOSAL	32
III - TRUSTEE'S ADMINISTRATION BEFORE FIRST CREDITORS' MEETING	35
IV - TRUSTEE'S DUTIES AT FIRST CREDITORS' MEETING	44
V - APPLICATION TO COURT FOR APPROVAL	65
VI - TRUSTEE'S ATTENDANCE AT HEARING FOR APPROVAL OF PROPOSAL	66
VII - EFFECTS OF APPROVED PROPOSAL	85
VIII - TRUSTEE'S ADMINISTRATION OF APPROVED PROPOSAL	86
IX - TRUSTEE'S PROCEDURE WHEN PROPOSAL UNSUCCESSFUL AND DEEMED ASSIGNMENT IN BANKRUPTCY RESULTS	93
X - WHEN CREDITORS HAVE REFUSED PROPOSAL AND QUORUM IS PRESENT	97
XI - NO QUORUM - TEMPORARY ADMINISTRATION	103
XII - TRUSTEE'S ATTENDANCE AT FIRST CREDITORS' MEETING IN ALL DEEMED ASSIGNMENTS	107
XIII - PROCEDURE BY TRUSTEE IF REPLACED	108
XIV - TRUSTEE'S APPLICATION FOR DISCHARGE	118

DUTIES OF A TRUSTEE IN A PROPOSAL

INTRODUCTION

Between Part II of the Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3 entitled "Receiving Orders and Assignments" and Part IV entitled "Property of the Bankrupt", which is followed by all the provisions for the administration of bankrupt estates, is found Part III entitled "Proposals", concluded by section 46, which, in sub-section 1, states reassuringly that all the provisions of the Bankruptcy Act apply mutatis mutandis to proposals, subject to the qualification that they apply "insofar as they are applicable".

This qualification is no doubt a source of confusion to many trustees. Compounding this confusion are the facts that:

(1) The provisions of the Bankruptcy Act outside of Part III relating to proposals are scattered throughout the Bankruptcy Act, and are not found in any logical order;

(2) The amendments to the Bankruptcy Act made in 1966 produced very substantial changes in Part III dealing with proposals and consequently changed the applicability of many of the other provisions of the Bankruptcy Act relating to proposals;

(3) Many of the previous court decisions regarding proposals are rendered either totally or partially obsolete by the 1966 amendments, and can no longer serve as guides to trustees or to estate solicitors in the administration of proposals;

(4) There have been very few decisions reported on the proposal provisions as amended in 1966.

The purpose of this paper, therefore, will be to present a complete picture of the administration of a proposal under the Bankruptcy Act as it now stands, taking into account all the court decisions now applicable, and hopefully to clear up much of the confusion which results from the qualification in section 46(1) that the provisions of the Bankruptcy Act outside of Part III apply "insofar as they are applicable". This paper shall take the form of a complete step-by-step account of the proper procedure to be followed in case of proposals, beginning with the debtor's initial approach to the trustee to consider the feasibility of making a proposal, and ending with the discharge of the trustee from his duties in the proposal. Commentary by the court and practitioners will be included as and when appropriate. As far as possible, express mention shall be made of the applicability or inapplicability of the various provisions of the Bankruptcy Act outside of Part III to demonstrate the effect of section 46(1).

PRELIMINARY CONSIDERATIONS

Section 2 of the Bankruptcy Act defines a proposal as including :

(1) a composition;

(2) an extension of time ;

(3) a scheme of arrangement.

It really does not matter what form the proposal takes, because all the forms are subject to the same rules. Basically, a proposal made pursuant to the Bankruptcy Act is a contract between a debtor and his creditors:

---In Re Lipson (1923) 3 C.B.R. 640 at p. 643;
---Hotel du Lac St Joseph v. Grosleau (1928) 10 CBR 14 at p. 16.

However, a proposal is not an ordinary contract, and therefore is not subject to many of the usual rules applicable to ordinary contracts, indeed, the Bankruptcy Act subjects proposals to many rules different from the ordinary rules of contract.

To appreciate fully the nature of a proposal contract, it is necessary to refer briefly to provincial laws of contract. Both under the Quebec Civil Law and the English Common Law of contract in force in the Common Law Provinces, the proposal is an exceptional kind of contract.

In the Quebec Civil Law, the proposal contract, "made by an insolvent debtor with a person who knows him to be insolvent is deemed to be made with intent to defraud" ---Quebec Civil Code article 1035. This legal presumption is conclusive ---Quebec Civil Code article 1239 ---and precludes the submission of evidence of good faith on behalf of the creditors:

---Labbé v. Nolin et Duchesne [1972] C.S. 418 at p. 424.

Furthermore, it displaces the ordinary rule in Quebec Civil Code Article 2202 that everyone is presumed to be in good faith until the contrary is proved.

However, the Quebec Civil Law nevertheless recognizes the validity of this type of contract, because Quebec Civil Code Article 1033 requires that, in order for such a contract to be set aside, it must "have the effect of injuring the creditor", and a proposal which treats all of the debtor's creditors equally does not injure any creditor; indeed it prevents injury.

In the English Common Law in force in the common law provinces a composition with creditors is a contract which ordinarily would be void, because it lacks what the common law calls "sufficient consideration moving from the promisee", that is to say, something of value to be exchanged by the debtor in exchange for the promises of his creditors to waive some of their rights regarding their claims, and of sufficient value to make the exchange a fair exchange or bargain between the parties. Basically, the consideration offered by the debtor to each of his creditors is to pay less than he was originally contractually obliged to pay to such creditors. English Common Law did not, and still does not, recognize this as sufficient consideration to support the existence of a valid contract:

---Pinnel's Case (1602) 56 Co. Rep. 117a; 77 E.R. 237;
---Cumber v. Wane (1721) 1 Stra. 426; 93 E.R. 613;
---Foakes v. Beer (1884) 9 A.C. 622;
---D & C Builders Ltd. v. Rees [1965] 2 Q.B. 617.

However, such a contract is nevertheless recognized as valid by an exception to the rule in Pinnel's Case, based upon the reason that this type of contract should be valid in order to bind all the creditors and to prevent them from going behind or outside the composition agreement, to the prejudice either of the other creditors or of the debtor himself, because this would be a fraud upon all the parties concerned, or, in more modern parlance, it would give certain creditors preferential treatment over other creditors;

---Wood v. Roberts (1818) 1 Starkie 417; 171 E.R. 691;
---Cook v. Lister (1863) 13 C.B. (N.S.) 453; 143 E.R. 215;
---Couldery v. Bartrum (1881-82) 19 Ch. 394;
---Hirachland Punamcham v. Temple [1911] 2 K.B. 330;
---Anson's Law of Contract 23rd ed. A.G. Guest, ed., Oxford 1969, pp.111-112;
---Cheshire and Fifoot, The Law of Contract 8th ed. London, 1972, pp. 91-92.

Therefore, apart from the Bankruptcy Act, in the English Common Law, the composition with creditors is exceptionally recognized as a valid contract binding between a debtor and his creditors, and intended to be used as a means of prevention of fraud between the debtor and any one or more of his creditors.

From the foregoing, it can be readily seen that the proposal is not an ordinary contract, and is not necessarily subject to the ordinary rules of contract, and that, both in the Quebec Civil Law and in the English Common Law, such a contract is affected by the idea of some form of legal control to prevent potential injury by fraud to one or more of the debtor's creditors.

The Bankruptcy Act combines elements of this protection from both systems of law, although the predominant influence in the Bankruptcy Act would be that of the English Common Law, because the present Bankruptcy Act, as well as its predecessor enacted in 1919, were modeled after the English Bankruptcy Act of 1914, which, of course, was drafted by draftsmen whose legal background was the English Common Law:

---Duncan and Honsberger, Bankruptcy in Canada 3rd , Toronto, 1961, p. 17

---Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation - Canada 1970, para. 0.0.14, p. xiii.

Several important features have been grafted by the Bankruptcy Act upon the English Common Law as regards proposals.

One of them is the concept of control of proposals by the courts, by subjecting proposals to court approval, as is done in s. 41, and by interposing between the debtor and his creditors a licensed trustee, who is an officer of the court:

---In re Lemieux (1920) 1 C.B.R. 464 at p. 467;

---In re Bryant, Isard and Co: Ex parte Higginson (1923) 4 C.B.R. 41 at pp 52-53;

---Re Van Damme (1924) 5 CBR 225 at p. 230;

---In Re Perusse (1925) 7 CBR 166 at p. 171.

---In re Goldberg (1927) 8 C.B.R. 463 at p. 464;

---Hotel du Lac St-Joseph v. Grosleau (1928) 10 C.B.R. 14 at p. 15

---In re Hyatt and Hart (1932) 13 C.B.R. 263;

---In Re Mindens Limited (1933) 14 C.B,R. ns 145 at p. 146;

---In re H. Packer and Son Ltd. (1936) 17 C.B.R. 207 at p. 208;

---In re Barnard (1939) 20 C.B.R. 337 at p. 338;

---In re Deslauriers (1949) 30 C.B.R. 77 at p. 83;

---Dufour v. Dufour [1955] R.L 35 at p. 38;

---In re Ashcroft Steel Co. Ltd. (1962) 5 C.B.R. ns 239 at p. 252;

---In re Roy (1963) 4 C.B.R. ns 275 at p. 279;

---Re Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 C.B.R. ns 158 at p. 162.

---Re Space - Pak International Limited (1972)17 C.B.R. ns 120.

Another such feature, introduced by the amendments in 1966, is the automatic bankruptcy retroactive to the date of filing of the proposal in the case of its rejection either by the creditors, pursuant to section 39(1) or by the court, pursuant to section 41(10). This amendment was meant to eliminate the abuses perpetrated by dishonest debtors whose only purpose in making a proposal was to stall their creditors in an attempt to delay inevitable bankruptcy, defeating the rights of their creditors to recover fraudulent preferences. Prior to the 1966 amendments, there was no retroactive provision, with the result that when a proposal was rejected either by the creditors or by the court, nothing happened, and this meant that the creditors then had to petition the debtor into

bankruptcy, if they had not been alert enough to do so earlier. The result of such delay was the loss by the creditors of the possibility of recovering fraudulent preferences given by the debtor within 3 months before his bankruptcy, which dated only from the filing of the petition, under what is now section 50(4). The delay had moved forward, rather than backward, the 3 months period stipulated in section 73(1). The 1966 amendments have now filled this hiatus.

Another important feature is contained in section 42(2), which states that:

> "42(2) A proposal accepted by the creditors and approved by the court is binding on all the creditors with claims provable under this Act and affected by the terms of the proposal . . . ".

Ordinarily, a contract does not bind any one who does not consent to it, but in this case, the majority vote binds the opposing minority creditors.

Another important feature is the stay of proceedings against the debtor and his property under section 49(1). This protects the mass of creditors collectively from being disadvantaged by seizures of the debtor's property practised by one or more creditors, by removing from the creditors' remedies against the debtor the element of "a race to be awarded to the swiftest".

In order to accomplish all of the foregoing purposes, and to enable all the creditors to receive equitable and equal treatment in any proposal (section 112 rendered applicable by section 46(1)), the Bankruptcy Act makes provisions in Part III for procedures designed to ensure full disclosures to all creditors of the state of the debtor's affairs and to express their agreement or disagreement with the terms of the debtor's proposal. Being designed to prevent fraud, they must be strictly followed, and the law will not tolerate proposals made outside the procedures stipulated by the Bankruptcy Act, or

proposals which favour only some of the debtor's creditors at the expense of all the other creditors:

---In re Lavine (1924) 4 C.B.R. 664;

---In re Dale and Carroll (1924) 5 C.B.R. 139;

---In re Davis (1924) 5 C.B.R. 182.

DIFFERENCES BETWEEN BANKRUPTCIES AND PROPOSALS AS REGARDS TRUSTEE'S DUTIES

When a bankruptcy occurs, the bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, and it passes to and vests in the trustee (section 50(5)), who thereupon is obliged to take possession as soon as possible of the books, records and property of the bankrupt (section 12(2) (3) (4) (5) (6)). The trustee must then proceed to liquidate the property of the bankrupt (section 14(1)(a)), and distribute the proceeds of liquidation among the creditors in accordance with the pertinent provisions of the Bankruptcy Act. The subjection of the debtor's property to court control via the trustee is the essence of bankruptcy proceedings. The trustee has to concern himself with taking control of the bankrupt's property, as well as with questions pertaining to the title to such property, which passes to the trustee, the trustee having neither more nor less rights in the said property than the bankrupt had.

However, in a proposal, the situation is entirely different. If a proposal made by an insolvent debtor (i.e. not a bankrupt) is accepted by the creditors and approved by the court and if the debtor thereafter complies with all the terms of the proposal, the debtor never loses his civil capacity to deal with his property, and title in the property does not pass to the trustee. If a proposal made by a bankrupt (section 32(1)(b)) is accepted by the creditors and approved by the court, then the bankruptcy is annulled and all the right , title and interest of the debtor originally transferred to the trustee upon the event of bankruptcy revests in the debtor(section 41(9)).

Therefore, the trustee's concern with title to the property is limited to examination of title documents to ensure the debtor's ability to use the property in order to meet the terms of the proposal, and ordinarily he is not concerned with taking possession of such property:

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 C.B.R. 392 at p. 393;

---Dinovitzer v. Weiss (1957) 37 C.B.R. 160;

---In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Company Ltd. (1960) 1 C.B.R. ns 16 at p. 21;

---Darabaner v. Banque Impériale du Canada et Lefaivre (1960) 2 C.B.R. ns 88 at pp 91, 95, 98, 101 affirming [1960] C.S. 411;

---In re W. Hanna & Company Limited (1961) 2 C.B.R. ns 40 at p. 42;

---In re Allflex Company Limited (1961) 3 C.B.R. ns 80 at p. 83;

---In re Roy (1963) 4 C.B.R. ns 275 at p. 284;

---Re Kenmore Building Materials Ltd: Attorney General of Canada v. Gordon (1966) 9 C.B.R. ns 41 at pp 47, 50 affirming (1965) 7 C.B.R. ns 310;

---Re Coupal et Frères Ltée (1967) 12 C.B.R. ns 29 at p. 32;

---Re Charisma Fashions Limited (No.1) (1971) 15 C.B.R. ns 47 at p. 50.

Therefore, in a successful proposal, the trustee's only duties are to receive funds from the debtor for distribution by dividend to the creditors (section 41(5)):

---Fortier v. Lefaivre [1955] B.R. 258 at p. 259;

---In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Company Ltd (1960) 1 C.B.R. ns 16 at p. 22;

---In re W. Hanna & Company Limited (1961) 2 C.B.R. ns 40 at p. 42.

It was previously mentioned that, ordinarily, the trustee does not take possession of the debtor's assets. The two exceptions to this rule are the situations where a trustee is appointed interim receiver in the proposal (section 29) and where the proposal contains terms with respect to the supervision of the affairs of the debtor (section 37). However, this taking of possession in the proposal does not transfer legal title of the debtor's property to the trustee; in such cases, the trustee merely administers property of which the debtor retains the title.

This basic difference in nature between bankruptcies and proposals accounts for the qualification in section 46(1) that all the provisions of the Bankruptcy Act apply to proposals "insofar as they are applicable". Basically, what this qualification really means, considered in the light of the foregoing, is that when any of the provisions of the Bankruptcy Act outside of Part III relate to the trustee's possession of, or title to, the property of the debtor, they will be inconsistent with the status of a debtor under a proposal, which allows him to continue to possess and administer his property without disturbance. Other provisions of the Bankruptcy Act which do not affect either the possession or the title, but which are merely administrative in character, will apply either in whole or in part. Throughout this paper, the applicability of such provisions will be explained in terms of section 46(1) and of the basic difference between bankruptcies and proposals.

From the foregoing, another more practical difference between bankruptcies and proposals should become obvious. In bankruptcies, the trustee's first proceedings relate to taking possession of the property of the debtor, and the later proceedings relate to liquidation. Apart from giving his assent to act as trustee in a projected assignment or a projected petition for a receiving order, the trustee's involvement does not begin until after his appointment in the assignment by the Official Receiver(section 31(4)) or until his appointment by the court as interim receiver in the petition for a receiving order (section 28) or in the receiving order itself (section 25(9)).

His involvement concerns dealing with the debtor's property. However, in a proposal, the trustee's involvement begins with counselling the debtor on the advisability of making a proposal, and because he is not concerned with possession of the debtor's property (unless he is appointed interim receiver in the proposal pursuant to section 29), his involvement is entirely procedural in nature, at least up to the first meeting of creditors called to consider the proposal. If the creditors accept the proposal, then his duties in applying to the court for approval and reporting to the court (section 40) are again entirely procedural. If the proposal is accepted by the court (section 41(8)), then his duties are merely to act as an intermediary for the transfer of payments between the debtor and the creditors (section 41(5)). Thus, the bulk of the trustee's duties in a proposal occurs before the debtor approaches the court, while the bulk of the trustee's duties in a bankruptcy occurs after the debtor has approached the court. The proposal trustee will assume the duties of a bankruptcy trustee only if the proposal is rejected by the creditors (section 39(1)) or disapproved by the court (section 41(10)), or annulled by the court for failure by the debtor to perform its provisions (section 43(1)), and the original appointment of the trustee in the proposal (section 32(2)(a) and Form 34 paragraph 5) is affirmed by the creditors at the first creditors' meeting held following their rejection of the proposal (section 39(1)) or the court's disapproval (section 41(10)) or annulment (section 43(5)) of the proposal.

DEBTOR FIRST APPROACHES THE TRUSTEE

Two important questions will have to be resolved when the debtor first approaches the trustee:

(1) the question whether the proposal is feasible or advisable for the debtor:

(2) the question regarding provisions for the trustee's fees.

As regards the first question of the feasibility or advisability of making the proposal, because the likelihood of success or failure of the proposal must depend upon the particular circumstances of each case, it is almost impossible to set down fixed guidelines for the trustee. The best he can do is to rely upon his own business judgment and experience. In so doing, however, certain things must be kept in mind.

While on the one hand, from the legal aspect, a proposal may appear to be the simple answer to the debtor's financial problems, on the other hand, it is a public acknowledgement of insolvency, and the apparent "cure" which it represents may be worse than the "disease", in that suppliers of a commercial debtor may curtail extensions of normal credit, and the due dates of secured obligations may be accelerated:

> ---J.L. Biddell, Lecture to the Bar Admission Class of the Law Society of Upper Canada entitled "Proposals under Part III of the Bankruptcy Act", November 1970.

The second question, regarding automatic bankruptcy retroactive to the date of filing of a proposal rejected either the creditors or the court, contains serious implications for the trustee as regards his fees. Because of the provisions of sections 39(1) and 41(10), ". . . when filed the proposal has the potentiality of bankruptcy . . . ", and being aware that a debtor has made a proposal must now mean also being ". . . aware of the possibility that the insolvent later may be deemed to have become a bankrupt as of the date of filing of the proposal":

> ---Re Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Limited v. Charisma Fashions Limited (1972) 27 DLR (3d) 392 at p. 395 reversing (1971) 15 CBR ns 53.

No doubt, the trustee, with the very best intentions, will be cognizant of his responsibilities to ensure that the terms of the proposal are ". . .calculated to benefit the general body of the creditors..." (section 41(2)), in the hope of securing the acceptance of the creditors and of fulfilling this vital pre-requisite for obtaining the approval of the court. However, the decision to accept the proposal must be taken by the overwhelming majority required for the passing of a special resolution (section 36(1) and definition of "special resolution" in section (2), and ultimately, the fate of the proposal rests with the court (section 41(8)). As will be seen later in this paper, the mere fact that the creditors have accepted the proposal by the overwhelming majority required for the passing of a special resolution does not, by itself, guarantee the court's approval of the proposal (section 41(1)(2)(3)(4)). In the event of rejection of the proposal either by the creditors or by the court, the debtor is deemed to have made an assignment on the day the proposal was filed (sections 39(1) and 41(10) respectively). By virtue of sections 39(2) and 41(11), the certificate of assignment issued by the Official Receiver upon the trustee's report of the proposal's rejection "has the same effect . . . as an assignment filed pursuant to section 31", and section 31(1) states that the assignment is made "for the general benefit of his (i.e. debtor's) creditors. Consequently, the debtor will be deemed to have been in bankruptcy

from the date of the filing of the proposal - turned-assignment, and the proposal trustee will be deemed to have been administering a bankruptcy from that date;

---Re Mastrogiovanni (1971) 15 CBR ns 261.

Section 10(6) of the Bankruptcy Act provides that:

> "10(6) No trustee is bound to assume the duties of trustee in matters relating to assignments, receiving orders or proposals, but, having accepted an appointment as such, he shall, until discharged or another trustee is appointed in his stead, perform the duties required of a trustee under this Act."

By virtue of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28,

> "In any enactment 'shall' is to be construed as imperative".

Although it may be the trustee's intention to act initially in a proposal, the duties of his trust may eventually become, not merely the restricted duties of intermediary, as in the proposal, but rather the duties of the complete trust in a bankruptcy. The perceptive trustee will now realize that, because of the provisions of section 10(6), he may find himself in the position where he could be forced to bear the expenses of a bankruptcy with limited assets or no assets at all. This has been expressly rejected by the courts as a valid ground for a trustee to refuse to continue acting in an estate:

---In Re Auto Experts Ltd: Ex parte Tanner (1921) 1 CBR 418; affirmed by (1921) 3 CBR 591;

---In re Gulf Sawmills Ltd. (1922) 3 CBR 384;

---In Re Hoyt (1933) 14 CBR 486 at p. 489.

There are two reported cases in which a trustee was changed, apparently upon his own wish:

---In Re Warren (1921) 71 CBR 550;
---In Re Maritime Education Co. Ltd. (1928) 10 CBR 278.

However, these cases were decided before section 10(6) was enacted as it reads today, and they are therefore not applicable.

It is true that section 10(6) keeps the trustee on duty until ". . . another trustee is appointed in his stead", and that sections 39(1) and 41(10) allow the creditors to substitute a new trustee for the proposal trustee by ordinary resolution, rather than by the special resolution ordinarily required by section 10(1).

Houlden and Morawetz, Bankruptcy Law of Canada, 3rd Cumulative Supplement, 1969, p. 28. state that:

> "The reason for permitting the trustee to be changed by ordinary resolution instead of by special resolution is to cover the situation where a debtor had made a frivolous proposal through a trustee and that trustee would be the trustee in the bankruptcy and could only be changed by special resolution if it were not for section 32B (now section 39)".

However, the fact that a vote of 51% can also be used to affirm the appointment of the trustee under the proposal in a deemed assignment bankruptcy also works the other way, that is to say, it not only makes it easier for the creditors to remove the trustee, but also to keep one if they so desire. It seems that this also was a likely object of the 1966 amendments which introduced sections 39(1) and 41(10) into the Act.

Indeed, in a bankruptcy with limited assets or no assets, there are several compelling reasons why it would be impractical for the creditors to remove the proposal trustee and substite another trustee in his stead at the first meeting called upon the deemed assignment. In the case of In re Bryant Isard and Co: Ex parte Higginson (1923) 4 CBR 41 at p. 53, the Ontario Supreme Court sitting in bankruptcy matters, although it had sufficient grounds of misconduct for which to remove a trustee from office, held that:

> "it would have been impractical to do so because:
>
> (1) it would add to the great expense already incurred in this estate, and
>
> (2) the trustee is conversant with the estate, and is in a much better position than a new trustee would be in assisting the Crown authorities in pending criminal proceedings and also in the Civil actions awaiting trial".

Furthermore, it might be difficult for the creditors to find another trustee willing to act in a bankruptcy arising from a defeated proposal if there were insufficient assets to cover the trustee's fees, whereas the creditors would already have a trustee who, according to the Auto Experts, Gulf Sawmills and Hoyt cases, cited above, cannot refuse to continue to act on such grounds.

Therefore, this constitutes a very serious question for the trustee to consider before deciding whether or not to accept the mandate to act in a proposal.

The trustee might wish to suggest to the debtor that he obtain one or more guarantors for his proposal, at least to cover the trustee's fees in the event of a bankruptcy by deemed assignment. However, the well-advised prospective guarantor(s) would be well aware of the proposal's potential for retroactive bankruptcy:

---Re Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Limited v. Charisma Fashions Limited (1972) 27 DLR (3d) 392 at p. 395 reversing (1971) 15 CBR ns 53.

Any funds advanced by a guarantor for payment of the trustee's fees constitute a loan by the guarantor to the debtor, and become part of the assets of the estate, and the guarantor would then become an unsecured creditor in the bankruptcy for the recovery of the loan:

---Re Slomen (1972) 16 CBR ns 268.

In rendering his judgment, Registrar Poultney said:

> "It is a common and wide spread practice by trustees to obtain funds to cover their expected fees and disbursements in cases where the insolvent person has no realizable assets, assets of small or non-existent value or assets in which the insolvent has an equitable interest of little or no value. This is a prudent practice, because the trustee, when once appointed as trustee of the bankrupt's estate, has disbursements which he is required to make and many administrative tasks to perform pursuant to the Bankruptcy Act and other statutes such as the

Income Tax Act R.S.C. 1970, c. I-5. The insolvent person is therefore usually requested by the proposed trustee to obtain funds in a suggested amount prior to any substantial work being undertaken.

"The insolvent person, if he is able and wishes to proceed, then obtains the necessary funds either from a spouse, friend or employer, or he may obtain an undertaking in the form of a guarantee from one of the benevolent associations which assist their members in financial difficulties. When the trustee obtains funds from someone other than the insolvent person to cover his fees and disbursements, it has been the practice to repay the amount in whole or in part to that third party if sufficient funds are subsequently realized from the bankrupt's property in the course of the administration of the estate. It is this practice which I cannot approve because, in the absence of any evidence to the contrary, the amount received by the trustee can only be characterized as a loan by the third party to the bankrupt for which that person is entitled to file a claim against the estate. These funds will form part of the estate available for distribution to creditors, if a surplus remains after providing for indemnification to the trustee for his fees and disbursements as taxed".

In a comment on this case, the editors of the Canadian Bankruptcy Reports give the following practical advice to would-be-benefactors of a bankrupt to avoid their suffering as a result of their own generosity, while at the same time ensuring that the fees of the trustee would be paid, so that the trustee could take on the administration of an estate, and the debtor without the funds to pay the trustee's fees would therefore not be deprived of the relief available to him under the Bankruptcy Act. The commentator made the following remarks at 16 CBR ns 270.

" It would seem that whenever it becomes necessary to have the trustee's fees and disbursements guaranteed or advanced by a third party, the amount required should not be paid over to the trustee. The third party would be well advised to execute a guarantee in which he undertakes to pay the fees and disbursements of the trustee in a certain amount if the trustee is unable to recover same out of the estate. The other alternative would be for the third party to deposit the amount of the guarantee for the trustee's fees and disbursements with his own solicitor in trust, giving instructions to pay the amount over to the trustee in whole or in part if the assets in the estate are insufficient to cover the fees and expenses of the trustee".

Trustees may wish to suggest the foregoing scheme as a compromise between the trustee's own interest in being properly paid and the guarantor's interest in salvaging as much as possible of the funds which he advances.

IMPARTIALITY OF THE TRUSTEE

Once the trustee has satisfied himself as to these two issues, if he has decided to accept the mandate to act in the proposal, there is one further important point which the 1966 amendments concerning automatic bankruptcy retroactive to the date of filing of the proposal now compel the trustee to consider. This concerns his impartiality in the conduct of the proposal through the first creditors' meeting called to decide whether to accept or reject the proposal, and if accepted, in the trustee's conduct of the proposal in the court hearing for approval of the proposal.

Murray M. Hahn, C.A., The Role of the Professional Accountant in a Proposal (1962) 3 CBR ns 219 at p. 220. says:

> ". . . the trustee will act in the position of general co-ordinator and expert advisor in all stages. The company's solicitor will have the onerous job of selling the proposal at the first meeting of creditors . . .".
>
> "The trustee is expected not only to guide the debtor, but also by reason of his position of trust, he must provide the creditors with all necessary protection. It is essential that the trustee remain impartial throughout these proceedings".

J.L. Biddell, Lecture to Bar Admission Class of the Law Society of Upper Canada entitled "Proposals Under Part III of the Bankruptcy Act", November 1970, says:

> "The trustee can and should work for both the debtor and the creditors. He can only do this however, if he maintains his independance".

The Quebec Superior Court sitting in bankruptcy matters, in a case involving a proposal held that trustee ". . . is an officer of the court and is supposed to impartially represent the creditors at least to the same extent as he might impartially protect or advise the debtor . . . ". (emphasis added by the writer):

---In Re Roy (1963) 4 CBR ns 275 at p. 279.

It is true that, if the proposal succeeds, the debtor will have the advantage of remaining out of bankruptcy and continuing his business affairs and the creditors, on the other hand, may receive more out of the proposal than they would in a bankruptcy, and moreover, may keep financially alive a good source of their business. It is also true that, since a proposal is a contract, the interests of both parties have to be equally balanced. However, the Bankruptcy Act in section 41(2) expressly says that, in order for the court to approve a proposal, its terms must be ". . . calculated to benefit the general body of creditors . . . ".

This probably explains the suggestion by the court in the Roy case, cited above, that perhaps the creditors are entitled to somewhat more protection than the debtor. The certificate of assignment issued by the Official Receiver pursuant to sections 39(2) and 41(11) has the same effect as an assignment filed pursuant to section 31, which assignment is "... for the general benefit of his (i.e. the debtor's) creditors". Surely, these two provisions, considered in the light of the retroactive bankruptcy by deemed assignment, must mean that everything that the trustee does with respect to the proposal must be primarily for the benefit of the creditors, for his trust is established generally in their favour, and the benefit which the debtor receives from having his proposal accepted by the creditors and approved by the court will be really only secondary as far as the trustee is concerned. It is submitted that the amendments of 1966 have shifted somewhat the balance of impartiality of the proposal trustee, so that, in the event of a dispute between the debtor and the creditors, the trustee will have to support the interests of the creditors, and not of the debtor.

FINANCIAL CONSIDERATIONS CONCERNING THE PROPOSAL

J.L. Biddell, Lecture to Bar Admission Class of the Law Society of Upper Canada entitled "Proposals under Part III of the Bankruptcy Act", November 1970, suggests that the following steps are required to arrive at a sensible proposal:

"(1) Ascertain the debtor's financial position (quickly);

"(2) Decide whether the business can be saved: can the debtor manage the sort of a proposal which his creditors could reasonably be expected to accept, and should the debtor, considering his personal circumstances, attempt to continue in business?;

"(3) Prepare an estimate of liquidation values;

"(4) Prepare a forecast of operating results;

"(5) Prepare a forecast of cash requirements; these estimates and forecasts for all practical purposes will dictate whether a proposal is possible and what the terms should be."

In the same lecture, Mr. Biddell suggests the following basic requirements of a proposal:

"(1) It must offer the creditors more than they could obtain through a bankruptcy;

"(2) It must appear to have a very good chance of being fully carried out;

"(3) If the plan involves no change in ownership of the business, creditors will likely require either an immediate cash settlement, which is substantially greater than bankruptcy would produce, or, in the alternative, will likely agree to an extension of time for payment without any abatement in their claims;

"(4) If the plan involves a change in ownership of the business, creditors will likely settle somewhat cheaper and may even accept less than 100 cents on the dollar on a deferred payment plan."

Murray M. Hahn, C.A., The Role of the Professional Accountant in a Proposal (1962) 3 CBR ns 219 at p. 220, states that:

". . . the company's accountant or auditor will have to provide the necessary information which will determine the scope of the proposal, its feasibility, and the value of the business as a going concern to the person or company making the proposal. . . a business which cannot be reasonably expected to make a profit in the future is not a proper subject for a proposal. It is also of utmost importance to determine the real causes of the insolvency and in particular to be assured of the ability of management to overcome these causes through internal reorganization. . .

" The company's accountant (or auditor) must now recognize the reality that there are two values which must be considered: the worth of this business as an insolvent company; and its worth as a going concern. . .

"In addition to (the) statement of affairs and in order to determine the value of the business as a going concern, it is necessary to prepare a budget as well as a cash flow sheet on the projected business. These budgets and statements are the most important items to consider before a proper proposal can be prepared.

"The next step is to value the concern in the debtor's best interests. Perhaps this can best be accomplished by pretending that this business will be purchased as if the dealings were at arm's length. You must accordingly calculate the good will of the business as well as the value of the assets. Remembering that this is a going concern, the assets must be valued at replacement cost plus normal depreciation calculated to take care of the anticipated costs for repairs, maintenance, and obsolescence. When you arrive at this value, you have determined the most that you can afford to pay for this business. Anything above this price is over-paying. In any event this price should substantially exceed the values placed on the assets if in liquidation. . .

" It now becomes important to deal with the carrying on of the business after this proposed reorganization. You and your client must be able to assure yourselves that he will be able to continue operations, and in doing so, that he will have a future source of supply. In other words, he must ascertain that he will have the active cooperation and continued support from those creditors whose majority will accept the proposal, otherwise he will have to find alternative sources of supply on reasonable terms. In this regard the creditors also assume a responsibility toward the debtor, and must assist in his future rejuvenation.

The creditors' cooperation cannot be taken for granted, as too many times their interest in the debtor abates temporarily at a time when he most needs their assistance. This could have a detrimental impact on the debtor.

"It is of upmost importance that the trustee make clear to the debtor the possible effect that the proposal will have on his future operations. For a short time he may have no credit. His bank will be reluctant to give him assistance. If proper financial arrangements cannot be made to overcome these temporary difficulties, a proposal should not be filed. . . .

CONSIDERATIONS CONCERNING CERTAIN KINDS OF CLAIMS

Certain kinds of claims will remain payable in full whether the proposal is accepted or rejected by the creditors or by the court.

Section 42(2) deals with such claims in proposals in the following terms:

> "42(2). A proposal accepted by the creditors and approved by the court is binding on all the creditors with claims provable under this Act and affected by the terms of the proposal, but does not release the debtor from the debts and liabilities referred to in section 148, unless the creditor assents thereto".

These debts are as follows:

s.148(1)(a) any fine or penalty imposed by a court or any debt arising out of a recognizance or bail bond;

s.148(1)(b) any debt or liability for alimony;

s.148(1)(c) any debt or liability under a maintenance or affiliation order or under an agreement for maintenance and support of a spouse or child living apart from the bankrupt.

s. 148(1)(d) any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or defalcation while acting in a fiduciary capacity;

s. 148(1)(e) any debt or liability for obtaining property by false pretences or fraudulent misrepresentation;

s. 148(1)(f) If the debtor has not disclosed a provable claim to the trustee, whether deliberately or inadvertently, the debtor remains liable for all dividends which would otherwise have been paid to the creditor , although not for the whole claim; the exception to this liability occurs when the creditor, having notice or knowledge of the proposal, is negligent in proving his claim;

s. 148(1)(g) any debt or liability for goods supplied as necessaries of life.

The effect of section 42(2) is that any creditor having one of the kinds of claims listed above, who either abstains from voting on the proposal or votes for its rejection, maintains the right to be paid 100 cents on the dollar on his claim. Whether the proposal is successful, or whether the debtor becomes bankrupt, the creditor's right to proceed with his claim will be suspended by the provisions of section 49(1), and, like all other creditors, he will be restricted to receiving dividends on his claim until either the proposal terms are fully complied with or the bankrupt is discharged, as the case may be. However, after either event, the entire outstanding balance, minus the dividends, will remain payable in full. Any such creditor voting in favour of the proposal, however, would be bound by its terms, and would forfeit the right to be paid 100 cents on the dollar. Obviously, opposition to the proposal by these creditors is almost a certainty. If the total of such claims exceeds one-fourth in value of the total proved claims against the debtor, it will be impossible to attain the statutory majority for the passing of a special resolution, which the Bankruptcy Act requires for the acceptance of a proposal (sections 2, 36(1)).

Therefore, particularly when dealing with individual debtors (as opposed to corporate debtors), the trustee should forewarn the debtor that, even if his proposal is accepted, he may well not be released from such claims, and the best he may be able to hope for would be a short delay and partial reorganization of his payments of such claims. Depending upon the circumstances, the presence of such claims against the debtor may well prevent a proposal from being the answer to the debtor's financial problems. The same would apply to bankruptcy, whether it occurs by voluntary assignment(section 31) or by way of rejection by the creditors or by the court of the proposal (sections 39(1) and 41(10)).

PROCEDURE IN PROPOSALS

The balance of this paper will set forth the step-by-step procedure of a proposal, beginning with the preparation of the proposal with the debtor, and ending with the discharge of the trustee from his duties under the proposal, in the usual chronological sequence of events.

Each step of the procedure will be preceded by three asterisks(***).

As and when appropriate, commentary on any step of the proceedings will be contained in a sub-paragraph immediately following the step of procedure to which it applies.

Each step of procedure will be accompanied by a reference to the appropriate Bankruptcy Act section and/or rule and/or form.

The effect of section 46(1) on the applicability of provisions of the Bankruptcy Act outside Part III will be indicated, insofar as it is possible to do so.

For convenience, the stages of the administration of a proposal will be divided into the following headings:

(1) Preparing the proposal

(2) Filing the proposal

(3) Trustee's administration before first creditors' meeting

(4) Trustee's duties at first creditors' meeting

(5) Application to court for approval

(6) Trustee's attendance at hearing for approval of proposal

(7) Effects of approved proposal

(8) Trustee's administration of approved proposal

(9) Trustee's procedure when proposal unsuccessful and deemed assignment in bankruptcy results

(10) When creditors have refused proposal and quorum is present

(11) No quorum - Temporary administration

(12) Trustee's attendance at first creditors' meeting in all deemed assignments

(13) Procedure by trustee if replaced

(14) Trustee's application for discharge

I - PREPARING THE PROPOSAL

***When an insolvent person makes a proposal, he commences proposal proceedings by lodging (i.e. physically depositing) with a licensed trustee the following documents:

(1) A copy of the proposal in writing (Form 34) setting out the terms of the proposal and the particulars of any securities or sureties proposed (Form 34 paragraph 5), signed by the debtor and the proposed sureties, if any (section 32(2)(a));

By virtue of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28, "In every enactment, 'sureties' means sufficient sureties, and the expression 'security' means sufficient security; and, whenever these words are used, one person is sufficient therefor, unless otherwise expressly required";

(2) A statement showing the financial position of the debtor at the date of the proposal (section 32(2)(c), Rule 82, Form 61) indicating

(i) the particulars of his assets and liabilities;

(ii) the names and address of his creditors;

(iii) the securities held by them respectively;

(iv) the dates when the securities were respectively given;

(v) such further or other information as may be required (section 129(d) rendered applicable by section 46(1));

(3) An affidavit of the debtor (Form 61) verifying the financial statement.

*** When a bankrupt makes a proposal, he commences proposal proceedings by lodging (i.e. physically depositing) with the trustee of the estate the following documents:

(1) A copy of the proposal in writing (Form 34) setting out the terms of the proposal and the particulars of any securities or sureties proposed (Form 34 paragraph 5), signed by the debtor and the proposed sureties, if any (section 32(2)(a));

(2) The statement of affairs referred to in Section 129, and described previously in the financial statement to be submitted by an insolvent person making a proposal.

*** In both cases, the trustee must ensure that the proposal provides for:

(1) payment in priority to other claims of all claims directed to be so paid in the distribution of the property of the debtor (Sections 41(4) and 107(1) and Form 34 paragraph 2);

(2) payment of all proper fees and expenses of the trustee on and incidental to the proceedings arising out of the proposal (Sections 41(4) and 107(1)(b)(i) Form 34 paragraph 3);

The trustee may enter into an agreement with the debtor regarding the amount of his fees; but the trustee will never be entitled to more than the amount permitted to him by the Bankruptcy Act (section 21(1)(2)(3)(5)), which amount must be taxed; (section 123(4) rendered applicable by section 46(1)).

---Hotel du Lac St Joseph v. Grosleau (1928) 10 CBR 14 at p. 16

---Re Space Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

---Re Hennie-Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111

The debtor and the trustee could probably make a binding contract as to the trustee's fees in connection with the proposal which contract would be legally enforceable between them; but this does not mean that a trustee, who is an officer of the court, and is supposed to impartially represent the creditors at least to the same extent as he might impartially protect or advise the debtor, might claim and indeed secure payment of an exorbitant fee mainly because the debtor agreed, and this to the prejudice of the creditors, who have agreed to a proposal to which the trustee was also a party;

---In re Roy (1963) 4 CBR ns 275 at p. 279

On the basis of the foregoing, the court would reduce the fee agreed upon between the trustee and the debtor, and order the surplus to be distributed to the creditors.

(3) Terms that are reasonable and calculated to benefit the general body of creditors (section 41(2));

"There can be any number of schemes offered in proposals. The only limit is the ingenuity of the draftsman and the question of whether or not the creditors will accept them";

--- Houlden & Morawetz, Bankruptcy Law of Canada, 1960, p. 95;

To the foregoing should be added the fact that the Court must also accept them (Section 41(2)).

"Where a debtor involved in a proposal sells to his creditors, it is usual to provide in the proposal that creditors shall have no right of set-off":

--- Houlden & Morawetz, Bankruptcy Law of Canada, 1960, p. 103;

Thus, where a creditor received dividends under a proposal, and subsequently purchased goods from the debtor, and refused to pay for the goods, setting off the price of the goods against the unpaid balance of the claim which he submitted in the proposal, the Court disallowed the creditor's attempt at set-off ordering the creditor to pay to the trustee the price of the goods sold, stating:

"It must be admitted that: Composition creditors had a right to purchase goods from the debtor during the period of the composition, but if all the creditors purchase goods and not pay for them and then claim a set-off, how would it be possible for the company to carry out its composition? If so, the whole assets might be swept away by the action of one, and the effect would be to deprive the debtor of the means of paying his composition. The assets are the funds for payment of the composition. There can be no benefit to one creditor behind the back of the creditors of the composition. (The creditor) might just as well have purchased goods, the value of which together with the dividend he was to receive, would pay him in full, while the other creditors would only get their dividends as agreed under the composition":

--- In re Cobourg Felt Company: Ex parte Weaver (1925) 5 CBR 622 at p. 625.

*** If the trustee does not ensure that the proposal contains the three terms mentioned above, the Court shall refuse to approve the proposal (Section 41(2)(4)).

By virtue of the Interpretation Act RSC 1970, c.I-23,s.28, "In any enactment, 'shall' is to be construed as imperative". Therefore, the Bankruptcy Act leaves no discretion to the Court, and it must refuse the proposal, even though it will have been accepted by the overwhelming majority of creditors required for the passing of a special resolution.

***The trustee shall make or cause to be made an appraisal or investigation of the affairs and property of the debtor, such as to enable the trustee to estimate with reasonable accuracy the cause of the debtor's financial difficulties or insolvency (section 32(5)).

***The trustee shall report the result of his appraisal or investigation to the meeting of creditors (section 32(5)).

The procedure for calling of the creditors' meeting and making this report will be dealt with in due course in section IV entitled "Trustee's Duties at First Creditors' Meeting".

***When the proposal is made by a bankrupt, it shall be approved by the inspectors before any further action is taken thereon (section 32(3)).

By virtue of the Interpretation Act R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28 "in any enactment, 'shall' is to be construed as imperative".

II - FILING THE PROPOSAL

*** Trustee files with the Official Receiver:

(1) a copy of the proposal;

(2) a copy of the statement of affairs (sec. 42(1) and Rules 81(2) and 82, rendered applicable by sections 46(1) and 180(1)(4)).

*** The time of the filing of the proposal shall constitute the time:

(1) for the determination of the claims of creditors (sec. 42(1));

(2) and for all other purposes of the Bankruptcy Act (sec. 42(1)),

including determination of the date upon which the debtor will be deemed to have made an assignment upon rejection of the proposal by the creditors (sec. 39(1))or disaproval of the proposal by the court (section 41(10)).

In particular, from the time of filing of the proposal, it is impossible to withdraw the proposal and any security or guarantee tendered with the proposal (sec. 32(4)).

However, if the debtor makes an assignment before the court has approved the proposal, the date of the assignment shall be deemed to be the date of the filing of the proposal (sec 44), but otherwise the proposal is no longer in effect.

***If the Official Receiver appoints another trustee in the bankruptcy (sec. 31(4) and Rule 80), then, the proposal trustee proceeds directly to Part III of this paper entitled "Procedure when trustee is replaced".

*** If the Official Receiver appoints the proposal trustee as trustee in the bankruptcy by the debtor's assignment (section 31(4) and Rule 80), the trustee must advise the creditors that the debtor is now bankrupt (section 80(1)(3)(4)).

***If the first creditors' meeting to consider the proposal has not taken place before the debtor makes the assignment, the trustee must advise the creditors by registered mail (Rule 88(1)) that the meeting ordinarily called to consider the proposal will instead be the first meeting of creditors in the bankruptcy, for which voting letters (section 35 and Form 37) (if already sent to the creditors) will not be acceptable (section 87(2)).

***If the meeting called to consider the proposal has already taken place, the trustee shall call by registered mail (Rule 88(1)) a new first meeting of creditors in the bankruptcy, giving at least five (5) days' notice (Rule 88(1)). The calling of the first meeting in the bankruptcy, in all other respects, as well as the seizure and protection of assets and all subsequent bankruptcy proceedings are then carried on in accordance with ordinary bankruptcy procedure.

***If one or more creditors present a petition for a receiving order before the proposal was filed, and the proposal is subsequently rejected either by the creditors or by the court, the resulting bankruptcy will be deemed to have commenced on the date the petition was filed:

--- Re Lingen Trailer and Manufacturing Company Limited (1969) 13 CBR ns 197.

"When enacting section 32B (now section 39) of the Bankruptcy Act in 1966, Parliament obviously did not envisage the situation where a proposal was filed subsequent to the filing of a petition for a receiving order but before a receiving order was made. If the creditors do not accept the proposal and the date of bankruptcy were the date of the filing of the proposal (in accordance with the wording of section 32B (now section 39)) serious hardship could result to the creditors. If the bankruptcy adjudication is made on the petition for a receiving order, the date of bankruptcy dates back to the filing of the petition, and this earlier date of bankruptcy might bring in certain preferences occurring within three (3) months before bankruptcy, which would not be caught if the date of bankruptcy were a later date, namely the date of the filing of the proposal. Undoubtedly, the Court, in its inherent jurisdiction, has power to make the bankruptcy adjudication on the petition for the receiving order, notwithstanding the subsequent filing of the proposal, if the proposal is not accepted by the creditors":

---Comment on Lingen Trailer case at 13 CBR 198.

It would be illegal for a creditor to file a petition for a receiving order after the filing of a proposal, because, by virtue of section 49(1), "Upon the filing of a proposal made by an insolvent person . . . . . , no creditor with a claim provable in bankruptcy shall . . . . . commence . . . . . any action, execution or other proceedings for the recovery of a claim provable in bankruptcy . . . . . ", the petition for a receiving order being a proceeding "for the recovery of the claim provable in bankruptcy". In any event, this method of proceeding would be impractical for the simple reason that the automatic bankruptcy by deemed assignment would be retroactive to the date of filing of the proposal, which would move backward, rather than forward, the retrospective periods of sections 73 and 74 of the Bankruptcy Act regarding recovery of fraudulent preferences and settlements; therefore, a creditor petitioning after the filing of a proposal has really nothing to gain.

***If the petition for a receiving order is granted, in accordance with the Lingen Trailer case, then the trustee follows the procedure outlined above for the case where an assignment has been made by a debtor after the filing of his proposal, and continues with ordinary bankruptcy procedures.

III- TRUSTEE'S ADMINISTRATION BEFORE FIRST CREDITORS' MEETING

IMMEDIATELY after the filing of the proposal, the trustee must:

***(1) send by registered mail (Rule 37(2)) to creditors who have not taken court proceedings against the debtor, and

***(2) serve upon creditors who have taken court proceedings against the debtor, and register in the court files of those proceedings,

notices of stay of proceedings against the debtor and his property (section 49(1)).

***(3) file copies of these notices in his records (section 13(6)).

While section 49(1) provides for an automatic stay of proceedings against the debtor and his property upon the filing of a proposal, and all the creditors of the debtor will be notified of the proposal and will be presumed to know of the stay of proceedings, this simple precaution ensures that the creditors will in fact know that proceedings are stayed, and this will later save the debtor and the creditors, and possibly the trustee, the trouble of undoing things which would otherwise have been done by the creditors in the exercise of their remedies against the debtor after the filing of the proposal in their ignorance of the filing. It should be carefully noted that section 49(1) expressly stays proceedings "upon the filing of a proposal", whereas section 25 contains no similar provision for the filing of the petition for a receiving order. As regards the petition for the receiving order, although, by virtue of section 50(4), "the bankruptcy shall be deemed to have relation back to and to commence at the time of the filing of the petition on which a receiving order is made . . . " section 75, despite its wording, protects transactions entered into by the debtor retroactively-become-bankrupt between the date of the filing of the petition for a receiving order and the date of its granting:

---Re Pic-N-Save Limited [1973] 1 O.R. 809.

There is no such protection for transactions entered into by the proposal debtor with other persons. This is because of a fundamental difference between the effect of the filing of the petition for a receiving order and the effect of the filing of the proposal.

The filing of the petition has no effect at the outset of proceedings. By itself, it does not change the debtor's civil capacity or affect his property. It is a forced act by the petitioner which the debtor may resist by defence. If the debtor's defence is successful, and the petition is dismissed, he and his property remain unaffected. However, if the petition is granted, then at the moment it is granted, it first takes effect. The effect is retroactive, but as far as the debtor is concerned, up to the moment when the order is granted, he has full capacity.

On the other hand, the filing of a proposal does have an effect on the debtor and his property at the outset. It stays proceedings (section 49(1)). The filing of a proposal is the debtor's own voluntary act, and, insofar as proceedings are stayed, does affect him and his property, but not to the extent of diminishing his civil capacity. Rather, it curtails the rights of his creditors. Whether the creditors reject the proposal, and a retroactive deemed assignment results, or whether they accept it, this curtailment of their rights continues, and their rights are extinguished completely upon the discharge of the debtor. Unlike the situation of the petition, therefore, a debtor under a proposal is not at any time free from its effects, nor are his creditors:

---Re Charisma Fashions Limited: Amanda Designs Boutique Ltd. v. Charisma Fashions Limited (1972) 27 DLR (3d) 392 at p. 394, reversing (1971) 15 CBR ns 53.

> Therefore, while creditors of a debtor resisting a petition may well have reason to believe in good faith that the debtor is not and ultimately will not be affected by the petition, they have no grounds for such optimism in a proposal. For this reason, by the nature of the proposal proceedings, section 75, which protects transactions with a debtor resisting a petition, will be rendered inapplicable by section 46(1)).

*** If the debtor's lease contains a clause stating that the lease will be terminated if the tenant-debtor makes a proposal, such a clause is illegal, and cannot be enforced by the landlord to evict the tenant-debtor, because a proposal ". . . approved by the Court (is) binding on all the creditors and the purpose of the Bankruptcy Act would be frustrated if the plaintiff (landlord) were permitted to exercise the resolutory clause . . .":

---Drozinski v. Zemel (1954) 34 CBR 59 at p. 60.

***If any property of the debtor has been seized before service of the notice of stay of proceedings upon a seizing officer acting on behalf of any creditor (section 51(2)(3)(4)), further execution proceedings are stayed, but the trustee cannot automatically recover any of the property seized, because there has been no assignment to him of the property of the debtor (section 46(1) renders inapplicable section 50(5)).

> If the seizing creditor is an owner of the property being seized, he is "neither an ordinary creditor, nor a secured creditor, nor a preferred creditor" and therefore his claim is not a claim provable in bankruptcy (i.e. not a claim for payment out of funds of the debtor) but rather a claim for recovery of a certain specific piece of property from the debtor's possession, despite the use of the words "proof of claim" in section 59(1), Rule 92.1 and Form 51.1, introduced by amendment to the Bankruptcy Rules in Order in Council no. P.C. 1973-710, 27 March, 1973, SOR/73-169, Canada Gazette,

11 April, 1973, Part II, Vol. 107, no. 7, p. 796. Consequently, section 49(1) will not stay this kind of proceeding, because the creditor is not exercising a remedy against the property of the debtor, but rather against the creditor's own property. Also, if the proposal is eventually accepted by the creditors and approved by the Court, section 46(1) will render inapplicable section 50(4), with the result that retroactivity will not operate to cancel such a seizure. If the proposal is rejected either by the creditors or by the court, then retroactivity will cancel such a seizure, by virtue of sections 39(1) and 41(10) respectively. However, before the decision of the creditors and the court, there is no bankruptcy, the debtor remains in control of all property in his possession, and the trustee will not be able to compel the seizing creditor-owner to file a proof of claim for property pursuant to section 59(1), Rule 92.1 and Form 51.1 However, if the seizing creditor-owner decides to file a proof of property claim in the interim, this will be perfectly valid, and if bankruptcy results from the rejection of the proposal, these provisions will become applicable to the property claimed:

---In Re Bertone Construction Co. Ltd: Grobstein v. Watson, Jack, Hopkins Ltd. et al (1960) 2 CBR ns 30, at p. 35.

Form 51.1 is intended to apply only to bankruptcy. This is the reason why Form 51.1 paragraph 4 says that the property claimed "was in the possession of the bankrupt, and still remains in the possession of the bankrupt and (or) the trustee", and why paragraph 7 refers to the time period of fifteen days after the first meeting of creditors (section 59(2)). The reason for including the word "proposal" in the heading of Form 51.1 and in paragraph 3(a) is to cover the situation of a rejected-proposal-turned-bankruptcy. The purpose of allowing the property claimant to file his proof of property claim between the filing

of the proposal and the first meeting of creditors is merely to enable the trustee to inform the creditors at the first meeting that certain property is claimed and may be repossessed by the claimant, and to enable him to advise the debtor not to part with possession of the property claimed until after the first meeting of creditors. This may enable the trustee to dispute the claim, if there are valid grounds for dispute, and to keep possession of the claimed property thereby saving the estate the expenses of repossession from the claimant, should the proposal be rejected and become a retroactive deemed assignment, and should the dispute of the claim succeed. The reason for stating that the property is "in the possession of the debtor and(or) the trustee" is to reflect the fact that either the debtor may be in possession of the property, or that the trustee may have been appointed interim receiver in the proposal by virtue of section 29, or that the debtor may be in possession of his property under the control of another interim trustee. Just as in the filing of an ordinary proof of claim with the trustee in a proposal, the purpose of filing the proof of property claim is merely to give notice of the claim to enable him to investigate the affairs of the debtor.

***In order to recover property seized by creditors <u>other than owners</u>, the trustee should apply to the court for the appointment of the proposal trustee as interim receiver of the seized property (section 29(1)(3)(a), Rules 74, 75, and Forms 28, 74) with directions by the court to take immediate possession of the seized property and to take such other action as the court may deem advisable (section 29(2)). This is necessary because, the trustee, having no claim to legal title over the property of the debtor, can have no legal interest in any contestation relating to that property, without having first been appointed interim receiver. Section 46(1) renders inapplicable section 51 as regards the proposal trustee:

---<u>In re Geller Brothers</u> (1923) 4 CBR 108;

---<u>In re W. Hanna & Company Ltd.</u> (1961) 2 CBR ns 40;

---<u>Re Coupal et Frères Ltée</u> (1967) 12 CBR ns 28;

---<u>Re Charisma Fashions Limited (No. 1)</u> (1971) 15 CBR ns 47.

In a comment upon the Charisma Fashions case, 15 CBR ns 52, the editors of the Canadian Bankruptcy Reports say that:

> "The suggestion that the trustee should proceed under the provisions of section 24A(now section 29) of the Bankruptcy Act is sometimes not practical in view of the extra expenses caused in having an interim receiver appointed and acting.
>
> "As His Lordship pointed out, the insolvent debtor could have applied to set aside the judgment before any funds were disbursed by the sheriff (who had made a seizure upon the debtor's property). Moreover, the trustee could have applied for an order that the execution creditor was bound by the proposal and had no right in respect of the funds in the hands of the sheriff. The motion could have been enlarged to give this result".

***The right to recover the seized property via interim receivership can be exercised at any time before the proceeds from a sale of execution have been transferred out of the hands of the seizing officer or any other legally appointed holder thereof, AND into the hands of the creditor: (section 50(1) rendered applicable by section 46(1)):

---Canadian Credit Men's Trust Association v. Beaver Trucking Ltd. (1959) 38 CBR 1

> These rights cannot be exercised against secured creditors (sections 2, 49(2) and 50(1)).
>
> By virtue of Bankruptcy Act section 183, "nothing in this Act shall interfere with or restrict the rights and privileges conferred on banks and banking corporations by the Bank Act". Therefore, the debtor cannot apply to the court under Bankruptcy Act section 49(2) to suspend the bank's realization proceedings in order that he may try to find funds to pay off the bank and realize the security himself

for the benefit of the mass of the creditors, even if he could sell for a greater price than the bank:

---In re Economic Plywood Inc: Mercure v. Banque Canadienne Nationale [1969] C.S. 187.

The solicitor of the creditor who seized earliest has a preferred claim for his bill of costs (sections 50(2), 168 and 107(1)(g), rendered applicable by section 46(1)).

The first seizing creditor, all the other seizing creditors, and the solicitors of all the other seizing creditors are all unsecured creditors, who include themselves in the proposal by proving their claims.

*** The trustee shall send by registered mail (Rule 37(2)) to the Registrar a notice of the proposal (Rule 57 and Form 36).

***The trustee should enter into his internal estate administration record:

(1) the name of the debtor;

(2) the Superintendent's file number;

(3) the Official Receiver's file number;

(4) the court file number;

(5) the date of filing of the proposal with the Official Receiver;

(6) the date set for the first creditors' meeting.

***The trustee shall forthwith call a meeting of creditors (section 33(1)) in the following manner.

***The trustee prepares the following set of documents for all the creditors (Section 33(1) and the Superintendent (section 33(1)).

(1) notice of the date, time and place of the meeting (sections 33(1)(a), Rules 5, 106 107 and Form 35);

(2) a condensed statement of the assets and liabilities (sections 33(1)(b) and 13(11)(b), Rule 82, and Forms 31 or 61);

(3) A list of creditors affected by the proposal with claims amounting to $25.00 or more, and the amounts of their claims as known or shown by the debtor's books (section 33(1)(c));

(4) a copy of the proposal (sections 32(2)(a) and 33(1)(d) and Form 34);

(5) a form of proof of claim (section 97(1)(2) and Forms 50 or 51) and proxy (section 87(2) and Forms 48 or 49) IN BLANK (vote left to the discretion of the proxy holder);

(6) a voting letter (sections 33(1)(f) and 35 and Form 37) (vote taken by creditor himself without attending first creditors' meeting).

***The trustee sends a set of these documents to the creditors and the Superintendent by registered mail (Rule 37(2)) at least ten (10) days prior to the meeting (section 33(1)).

***It is not necessary to publish notice of the filing of the proposal in a local newspaper (section 80(4) rendered inapplicable by section 46(1));

---In Re Turgeon (1960) 2 CBR ns 27

***Where the proposal is being made by a bankrupt, and where a statement of the debtor's assets, liabilities and creditors was presented to a first creditors' meeting in the bankruptcy, and if the condition of the debtor's estate remains substantially the same when the trustee is required to convene a meeting to consider the proposal, the trustee may omit the following documents (section 33(2)):

(1) the condensed statement of the assets and liabilities (section 33(1)(b));

(2) a list of the creditors and their claims (section 33(1)(c)).

***The trustee shall send by registered mail (Rule 37(2))to the Dominion Statistician two copies of the following documents:

(1) the notice of the date, time and place of the meeting (section 13(11)(a) rendered applicable by section 46(1));

(2) the statement of assets and liabilities (section 13(11)(b) rendered applicable by section 46(1)).

***The trustee shall file the statement of assets and liabilities with the Registrar (section 13(11)(b) and Rule 7(4)).

***The trustee files in his records copies of all the notices sent out and the registered mail proofs (section 13(6)).

IV - TRUSTEE'S DUTIES AT FIRST CREDITORS' MEETING

***In order to be qualified to vote, the creditors must lodge proofs of claim with the trustee and prove their claims (section 97(1)(2)(3)(4)(5)) before the time appointed for the meeting (section 87(1) rendered applicable by section 46(1)).

*** Voting letters must also be in the possession of the trustee before the time appointed for the meeting, accompanied by the proofs of claims of creditors choosing to vote in this manner (section 35 and Form 37, and section 87(1) rendered applicable by section 46(1)).

***Trustee shall examine each proof of claim to ensure that it is filed in the prescribed form (section 97(2)(3)(4)(5) rendered applicable by section 46(1)) and is a claim provable in bankruptcy (section 2, 95(1) and 106(1) rendered applicable by section 46(1)).

***If necessary, the trustee shall require from the claimant, whether he claims as secured, preferred, or unsecured, further evidence in support of the claim (section 106(1) and Rule 94) before admitting the claim (Rule 92) and listing the claim according to its rank (section 107(1)(3)).

***If the claim is unliquidated (i.e. exact amount not definite) or contingent (i.e. whether or not the amount is definite, the legal validity of the claim is in dispute) the trustee shall either:

(1) compromise the claim (section 14(1)(i)and Rule 91, both rendered applicable by section 46(1)), or,

(2) apply to the Registrar to have the claim valued (sections 95(2), 12(9), 162(1)(b)(f)(g)(h)(4)(5) and Rule 91, all rendered applicable by section 46(1)).

***If the proof of claim is not properly made on its face (section 97) the trustee may disallow the claim in whole or in part (section 106(2)(4) and Rules 93 and 95 all rendered applicable by section 46(1)):

---Re Toronto Permanent Furniture Showrooms Limited
(1960) 1 CBR ns 16

The debtor may assist the trustee in this task, and may validly raise objections to proofs of claim and urge the trustee to disallow them:

---Darabaner v. Banque Impériale du Canada et Lefaivre
(1960) 2 CBR ns 88 affirming [1960] C.S. 411.

The editors of the Canadian Bankruptcy Reports, in a comment on the Darabaner case, at 2 CBR ns 103 say:

"As the debtor will be continuing his business operations by virtue of the proposal, it would be improper for the debtor to be saddled with a creditor's claim which in his opinion was not proper".

***If the trustee disallows the claim, he shall give to the claimant a notice of disallowance containing reasons for disallowance (section 106(2) and Form 52).

***When the trustee issues the notice of disallowance, the trustee should have sufficient funds deposited in his trust account to cover all such disallowed and disputed claims, or the amount payable on the disputed claim should be adequately secured so that the funds will be available to pay the dividends on disputed claims if they are subsequently found to be valid. If the trustee were to make a distribution to the ordinary creditors whose claims are not disputed, and at a later date, certain of the disputed claims are found to be valid, the trustee would be personally liable for the dividend on the claims of those creditors for whom funds were not available (section 119(2 rendered applicable by section 46(1)):

---Re Mohawk Sports Equipment Limited (1971) 15 CBR ns 63.

***The proofs of claim should be available at the meeting so that:

(1) they can be examined by the creditors (section 97(7) rendered applicable by section 46(1));

(2) the trustee can determine the statutory majority of the creditors with proved claims which will be necessary for the passing of a special resolution (sections 2 and 36(1));

(3) the trustee can determine the quorum which will become necessary if the proposal is defeated and bankruptcy results (sections 39(1) and 84(4)).

Because Bankruptcy Act section 35 permits creditors who prove their claims to vote on the proposal by voting letter (Form 37) without actually attending the meeting, the quorum is not necessary to determine the vote of creditors on the proposal, but it will become necessary if the creditors refuse to accept the proposal, whereupon the debtor shall be deemed to have filed an assignment (section 39(1) and bankruptcy will result, in which the trustee will require directions from the creditors with respect to the administration of the estate (sections 39(1)(a)(b) and 80(5)).

If all the creditors decide to vote by voting letter without attending, then the trustee can proceed to calculate the vote and determine whether the proposal has been accepted or rejected.

If some vote by voting letter, and others attend, again, it is not necessary to have a quorum for holding the meeting to consider the proposal. Because of section 35, section 84(1) is rendered inapplicable by section 46(1) for the meeting called to consider the proposal.

The number of proved claims necessary in order for the trustee to determine the statutory majority required for passing a special resolution (sections 2 and 36(1)) is constituted only by proved claims filed before the time appointed for the meeting, and not the time at which it actually begins, if it begins late (section 87(1) rendered applicable by section 46(1)):

---In re J.A. Lacasse (1940) 21 CBR 368;

---In re Barry Steel Products Limited (1941) 22 CBR 308;

---In re Nadeau (1949) 30 CBR 89.

The purpose of the strict application by the court of section 87(1) in this matter is to ensure that the rights of the creditors to examine the proofs of claim of other creditors pursuant to section 97(7) would not be defeated by late filing:

---In re J.A. Lacasse (1940) 21 CBR 368;
---In re Barry Steel Products Limited (1941) 22 CBR 308

Also, the right of the trustee to examine all the proofs of claim and determine their validity, as well as the eligibility of creditors to vote, pursuant to section 86, would be defeated by late filing:

---In re Nadeau (1949) 30 CBR 89;

---In re London Bridge Works Limited (1926) 8 CBR 73 at p. 76.

Therefore, if only one creditor files a proof of claim, whether he decides to vote by voting letter, in person or by proxy, his proved claim constitutes the total of the voting proved claims, and the trustee may proceed to conduct the meeting with the "participation" of this one creditor alone.

If he votes for the proposal, it is accepted. If he votes against the proposal and bankruptcy results, he constitutes the quorum required to hold the first creditors' meeting in the bankruptcy (section 84(1)) and may proceed to conduct the meeting all by himself:

---In re Glennie (1923) 4 CBR 226;

---In re Woodward (1940) 22 CBR 90 reversing 22 CBR 1.

***The trustee must decide whether each claim can be admitted or rejected for the purpose of voting (section 86(1) rendered applicable by section 46(1)), even if they can later be admitted in whole or in part as valid claims in the proposal.

***The trustee must establish which creditors do or do not have the right to vote for the acceptance of the proposal.

The trustee must have regard to disqualifications established by the Bankruptcy Act against various persons with respect to their capacity to vote on various aspects of the proposal, namely:

(1) with respect to voting on the proposal's acceptance:

(a) a creditor related to the debtor;

(b) the debtor as proxy;

(c) a creditor who entered into a reviewable transaction with the debtor;

(2) with respect to voting for the appointment or substitution of the trustee:

(a) the trustee's partners and employees and solicitor;

(b) the debtor's relatives ;

(3) with respect to voting on the appointment of inspectors, if any:

the debtor's relatives ,

(4) the trustee's total incapacity to vote.

Details of such disqualifications will now be discussed at length.

A creditor who is related to the debtor, as defined by sections 3 and 4, may vote against, but not for, the acceptance of the proposal (section 36(3)).

A debtor may not be appointed a proxy to vote at any meeting of his creditors (section 87(4) rendered applicable by section 46(1)).

A creditor is not entitled to vote at any meeting of creditors:

(a) if the creditor did not, at all times within the twelve months preceding the proposal of the debtor, deal with the debtor at arm's length, as described in section 3(2)(3); or

(b) if the creditor entered into a reviewable transaction (as defined in Section 3(1)) with the debtor at any time prior to the proposal, (sections 87(6) and 108(1), both rendered applicable by section 46(1));

(c) if the creditor is a spouse or former spouse of the debtor claiming for wages, salary, commission or compensation for work done or services rendered in connection with the trade or business of the debtor (sections 87(6) and 108(2), both rendered applicable by section 46(1)).

***The trustee must establish which creditors do or do not have the right to vote for the appointment or substitution of the trustee.

The vote of the trustee or of his partner, clerk, solicitor, or solicitor's clerk, either as creditor or as proxy for a creditor, shall not be reckoned in the majority required for the passing of any resolution affecting the remuneration or conduct of the trustee (section 91(2)). Since the trustee's appointment is provided for in Form 34, paragraph 5, and the creditors are permitted to alter or modify the proposal at the first creditors' meeting (section 36(1)), the creditors may decide to change the trustee originally appointed in the proposal by the debtor because of the trustee's conduct.

The father, mother, son, daughter, sister, brother, uncle or aunt by blood or marriage, wife or husband of the debtor are not entitled to vote for the appointment of a trustee (section 91(3)(a) rendered applicable by section 46(1)).

***The trustee must establish which creditors do or do not have the right to vote for the appointment of inspectors if any (section 38).

See the reference to section 91(3)(a) above; the same persons are not permitted to vote on the appointment of inspectors.

Since the proposal must be voted upon as a whole and not part by part, it may be argued that a creditor disqualified from voting on one part cannot vote on any other part, and therefore cannot vote upon the proposal at all.

***If the trustee is in doubt whether a proof of claim should be admitted or rejected for the purpose of voting, he shall:

(1) mark the proof as objected to (section 86(3) rendered applicable by section 46(1)); and

(2) allow the creditor to vote (section 86(3)), subject to the vote being declared invalid in the event of the objection being sustained by the court (section 86(3)):

(i) upon appeal by the debtor (sections 86(1) and 163 both rendered applicable by section 46(1)) if the proposal is refused by such vote (sections 36(1) and 39(1)); or

(ii) upon appeal by other creditor(s) (sections 86(1) and 163), if the proposal is accepted by such vote (section 36(1)).

The question of eligibility to vote, apart from the question of the validity of the claim, is not for the adjudication of the trustee, but for the court:

---In re Maritime Education Co. (1928) 10 CBR 425 affirmed by (1929) 11 CBR 333.

All that the trustee must be concerned with at this stage is whether all the formalities required by law have been followed by the creditor in filing the proof of claim:

---In re Gerbeau (1924) 5 CBR 338.

***The trustee should also ascertain that the proxies are valid (section 87(3)) rendered applicable by section 46(1)), and in the possession of individuals qualified to hold them.

A debtor may not be appointed a proxy to vote at any meeting of his creditors (section 87(4) rendered applicable by section 46(1)).

The vote of the trustee or of his partner, clerk, solicitor or solicitor's clerk, as proxy for a creditor, shall not be reckoned in the majority required for passing any resolution affecting the remuneration or conduct of the trustee (section 91(2) rendered applicable by section 46(1)).

*** The trustee must act as chairman of the meeting (section 83(1) rendered inapplicable by section 46(1)):

---Re Forbes (1972) 17 CBR ns 55.

*** The trustee CANNOT VOTE on the proposal as a creditor (section 36(4)).

If the trustee is himself a creditor of the proposal debtor, section 36(4) forbids him to vote on the proposal as a creditor. Because of this provision, section 91(1), which ordinarily allows the trustee-creditor to vote as a creditor, is rendered inapplicable by section 46(1).

Ordinarily, when the trustee is a proxy holder for one or more creditors, section 91(1) would permit him to vote as a creditor. However, because section 36(4) forbids him to vote as a creditor, the permission to vote by proxy in section 91(1) is rendered inapplicable by section 46(1).

Therefore, section 91(1) does not apply to proposals.

Moreover, because every proposal must make provision for the remuneration of the trustee (section 41(4) and Form 34 paragraph 3), the trustee is forbidden to vote by section 91(2). All proposals must also contain the appointment of the trustee (Form 34 paragraph 5), and by virtue of section 36(1) the creditors may alter or modify the proposal by substituting a new trustee for the trustee appointed by the debtor (section 10(1)). Since such a vote will most likely concern the conduct of the trustee, the trustee is also forbidden to vote on this matter by section 91(2).

Because the requirements for the special resolution (sections 2 and 36(1)) do not lend themselves to the result of a tie, there is no question of a casting vote for the trustee chairing a meeting to consider a proposal (section 83(3) rendered inapplicable by section 46(1)). Moreover, if in number, the vote split is 50-50, the creditors have not attained a majority (51-49), but merely equality, and the proposal must fail. Because of all the issues in the proposal in which the trustee already has an interest, which by itself disqualifies him from voting in the ordinary course of the consideration of the proposal, he will certainly not be allowed the final determination of such issues by a casting vote.

In the light of the Forbes decision, cited above, which requires the trustee to act as chairman of the meeting called to consider the proposal, all the foregoing observations regarding the trustee's ineligibility to vote are completely consistent with the impartiality he must maintain from the outset when the proposal is made up to and including his conduct of the creditors' meeting.

***At the time appointed for the meeting, the trustee calls the meeting to order.

***Trustee shall have minutes of the meeting prepared (sections 83(4)(5) and 92 rendered applicable by section 46(1) to be filed later in his records (section 13(6)).

***The trustee shall report to the creditors' meeting the result of his appraisal and investigation of the affairs and property of the debtor (section 32(5).

Occasionally, the proposal is not made in terms of a specified number of cents on the dollar for the unsecured creditors, but rather a lump sum is proposed by the debtor to be paid to all the unsecured creditors, whether preferred or ordinary. Such a proposal is known as a "basket proposal". It is usually made when there is a guarantor for the proposal who does not wish to be committed for an indefinite amount, and who therefore has decided to restrict his liabilities to a specified lump sum. Such a proposal is also used when the books of the debtor have not been properly kept with the result that it is difficult to determine from those books exactly what the liabilities of the creditors are, and an estimate is the best that the debtor and the trustee can do. When a "basket proposal" is made, the trustee should calculate, on the assumption that all the preferred and ordinary claims are valid, the balance remaining after deduction of the preferred claims under section 107, and report to the creditors' meeting the proportion payable on the ordinary claims from the balance.

*** The creditors may, by ordinary resolution (section 93) require the meeting to be adjourned:

(1) For the examination under oath before the Registrar (sections 34(b), 133(1)(2), 134, 162(1)(b)(g)(h) and Rule 94, all rendered applicable by section 46(1)).

(i) of the debtor and/or

(ii) such other person as may be believed to have knowledge of the affairs and property of the debtor or of the administration of the debtor's proposal:

--- In re The Man With The Axe Limited (No. 2) (1961) 2 CBR ns 12.

The testimony of the debtor, or of such other person, if transcribed, shall be placed before the adjourned meeting (section 34(b)).

(2) To enable a further appraisal or investigation of the affairs and property of the debtor to be made (sections 32(5) and 34(a)).

***The creditors may alter or modify the proposal by special resolution (sections 2 and 36(1)).

***If, as a result of an amendment proposed by the creditors present at the meeting called to consider the proposal, a substantial change is made in the proposal, the trustee should not use the voting letters of absent creditors approving the proposal. Rather, the trustee should adjourn the meeting (section 84(3)), call a new meeting of creditors giving at least ten(10) days' notice (section 33(1)(a)) and send all creditors the amended proposal (section 33(1)(d)) and new voting letters:

---Re Rideau Carleton Raceway Holdings Ltd. (1971) 15 CBR ns 72 at p. 74.

***The creditors may apply to the court for the appointment of an interim receiver on the proposal (section 29 and Form 28):

(1) to take immediate possession of the property of the debtor (sections 29(1), 12(2)(3)(6)(7), and 138, and Rules 30 and 32, and Form 74); and

(2) to direct the interim receiver to exercise control over the business or the property of the debtor or take other action (section 29(2)).

The creditors may, with the consent of the debtor, include such provisions or terms in the proposal as the creditors deem advisable with respect to the supervision of the affairs of the debtor (section 37).

> The debtor may be pursuaded to agree to special remuneration to be paid to the trustee for such a provision (section 21(3)).
>
> Ordinarily, because in an approved proposal, the debtor retains ownership and possession of all his property and control of all his affairs, and the trustee has no rights with respect to any property of the debtor, the trustee cannot exercise his rights for the recovery of fraudulent preferences under sections 69 to 79 inclusive. Because of the basic nature of a proposal, section 46(1) renders all these provisions inapplicable:
>
> ---Fortier v. Lefaivre [1955] B.R. 258 at p. 259;
>
> ---In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Company (1960) 1 CBR ns 16 at p. 22;
>
> ---In re W. Hanna & Company Limited (1961) 2 CBR ns 40 at p. 42.

However, where the creditors, with the consent of the debtor, decided that one of the powers of supervision of the affairs of the debtor by the trustee to be granted in the proposal would be the recovery of fraudulent preferences, conveyances or settlements, such provision was recognized and enforced by the court:

---In re Caplan: Lawrence v. Dashiff (1971) 15 CBR ns 191.

***The creditors may appoint from one to five inspectors of the estate of the debtor, who shall have the powers of an inspector under the Bankruptcy Act (section 94) but subject to any extension or restrictions of those powers by the terms of the proposal (section 38).

***The trustee calls for the vote on the proposal,

***The creditors may resolve to accept the proposal by special resolution (section 36(1)), which requires a majority calculated as follows:

***(1) the scale of votes by value of claims established for ordinary resolution in section 93 does not apply in this calculation for a special resolution:

---Re Windsor Home Furniture Co. Ltd. (1954) 34 CBR 53.

***(2) Total the number of creditors:

(i) present personally,

(ii) eligible to vote (refer back to notes in this part relating to eligibility) and

(iii) not abstaining;

***(3) Total the number of:

(i) proxies and

(ii) voting letters

which are

(a) eligible to vote and

(b) not abstaining;

***(4) Total of

(i) creditors

(ii) voting letters and

(iii) proxies

as in the previous two steps equals the number of heads present and eligible to vote;

***(5) Total the value of all claims proved by the heads present, eligible to vote and not abstaining;

***(6) The vote must be carried by a majority in number (50% plus one) of all heads present, eligible to vote and not abstaining;

***(7) That majority must also represent three quarters in value of all claims proved by the heads present, eligible to vote and not abstaining;

***(8) If the vote is not carried by at least (50% plus one) of the heads present, eligible to vote and not abstaining, the special resolution cannot be carried, regardless of the value of the claims held by the affirmative votes, with the result that the creditors have refused the proposal, subject to appeal by the debtor (sections 86(3), 153(2), 163, and Rules 49, 50, 51 and 52, all rendered applicable by section 46(1));

***(9) If the vote is carried by at least (50% plus one) of the heads present, total the claims of all heads voting to accept the proposal;

***(10) If the total claims of all heads voting to accept the proposal do not represent three-quarters in value of all the claims proved by all the voting heads (for and against), the result is that creditors have refused the proposal, subject to appeal by the debtor;

***(11) If the total claims of all heads voting to accept the proposal do represent or exceed three quarters in value of all the claims proved by all the voting heads (for and against), the result is that the creditors have accepted the proposal, subject to appeal by one or more objecting creditors.

***Acceptance of the proposal by special resolution (section 36(1))includes automatic confirmation by special resolution of the appointment by the debtor of the trustee in the proposal (section 10(1) and Form 34 paragraph 5).

***The trustee immediately prepares the resolution for the vote (sections 36(1), 83(4) and 92 and Forms 6 and 38).

***The trustee immediately has them signed by:

(1) all voting creditors;

(2) all voting proxy holders.

***In the resolution, the trustee mentions the voting letters (section 35 and Form 37) of all creditors not present in person or by proxy, and annexes them to the resolution.

***The trustee files the resolution in his records (section 13(6)),

***
If an appeal is taken to the court from the vote, all proceedings are stayed (section 165) until all appeals have been finally disposed of or exhausted.

If the appeal is by the debtor against a vote defeating the proposal, the debtor does not become bankrupt immediately, and the decision as to whether or not the debtor is bankrupt must be made by the court:

---National Bowling Centres Ltd. v. Brunswick of Canada Ltd. [1968] BR 428 confirming an earlier judgment on a similar issue in another appeal between these same two parties, reported at [1967] BR 799;11 CBR ns 219.

For peripheral effects of these judgments suspending retroactive bankruptcy, see the following judgments rendered in related appeals between these same two parties;

[1967] BR 369; 10 CBR ns 185
concerning proper procedure for admission or rejection of proofs of claim for purposes of voting at the meeting to consider the proposal.

[1967] BR 803
concerning debtor's capacity to proceed with appeal after proposal was rejected by the creditors

Another judgment related to valuation of the claim of the creditor whose vote the debtor disputed: [1968] BR 434.

And yet another judgment decided, on a procedural point, that it was premature for the creditor to proceed to appeal from a judgment refusing to stop a trial in which the proposal debtor was plaintiff, the trial judgment holding that the debtor was not yet bankrupt [1967] BR 845.

A complete history of these judgments, essential to the understanding of the very complex proceedings between these two parties, and essential to understanding the effect of each judgment, is found in [1968] BR 428, which terminated this extraordinarily acrimonious dispute.

***Pending all appeals by the debtor, the trustee has power to act only as trustee in the proposal, and not as trustee in bankruptcy.

***Pending appeals by the debtor, if the creditors wish to protect the assets, the creditors or the trustee may apply to the court having jurisdiction in bankruptcy for the appointment of an interim receiver in the proposal (section 29, Rules 74 and 75 and Form 28), or, if the debtor has appealed to the Court of Appeal, and if it appears that the appeal is not being prosecuted diligently, the creditors or the trustee may apply to the Court of Appeal to cancel and determine the stay of proceedings (section 165), thereby causing an automatic deemed assignment by refusal of the creditors to accept the proposal (section 39(1), retroactive the date of filing of the proposal (sections 39(1) and 42(1)).

***If bankruptcy results by reason of the dismissal of the debtor's appeal or cancellation of the stay of proceedings, the trustee proceeds directly to Part IX of this paper entitled "Trustee's Procedure when Proposal Unsuccessful and Deemed Assignment in Bankruptcy Results".

***If after the appeal, the proposal is held to be accepted, the trustee proceeds directly to Part V of this paper entitled "Application to Court for Approval".

V - APPLICATION TO COURT FOR APPROVAL

***The trustee applies to the court forthwith (section 40) for the court's approval of the proposal by obtaining a hearing date from the court.

***At least fourteen (14) days before the hearing date (section 40), the trustee sends a notice of hearing of application for approval (section 40 and Form 39) by registered mail (section 40 and Rule 37(2)) to the following persons:

(1) the debtor;

(2) the Superintendent;

(3) every creditor who has proved his claim.

***At least ten (10) days before the hearing date (section 40), the trustee shall forward to the Superintendent a copy of a report to the court on the proposal (Form 40).

***At least three (3) days before the hearing date (section 40), the trustee files a report on the proposal in the office of the court (section 40, Rule 7(4) and Form 40).

***The trustee files in his records copies of

(1) the notice of hearing,

(2) the report to the court,

(3) the registered mail proofs (Section 13(6)).

***The trustee also drafts, in advance to be readily available at the hearing on the proposal, alternative orders which the court may render (Forms 41 and 42) in order to expedite proceedings, and he has them available in court on the hearing date.

VI - TRUSTEE'S ATTENDANCE AT HEARING FOR APPROVAL OF PROPOSAL

***If there were no creditors opposed to the proposal (i.e. if the special resolution was unanimously carried (Form 36)), the Registrar can approve the proposal (section 162(1)(d)(5) and Form 41).

***If there were creditors opposed to the proposal, the judge hears it.

***If the trustee's report (section 40 and Form 40) contains facts justifying the refusal to approve the proposal (section 41(1)(2)(3)), the application is deemed to be opposed and the judge must hear it (section 162(1)(d) and Rule 83).

***The court hears:

(1) a report of the trustee on the proposal (section 41(1))

(a) as to the terms of the proposal, and

(b) as to the conduct of the debtor;

(2) the trustee (section 41(1) and Rule 6) on matters relating to the report, but which may not appear in it;

(3) the debtor (section 41(1));

(4) any opposing, dissenting or objecting creditor (section 41(1));

(5) such further evidence as the court may require (section 41(1)).

***If the debtor or other persons believed to have knowledge of the affairs and property of the debtor have been examined before the Registrar (section 162(1)(g)) pursuant to a vote by the creditors for such an examination (section 34(b)), the testimony, if transcribed, may be read in court (section 34(b)).

"As to proposals, they must always be carefully scrutinized by the court when presented for approval; otherwise the Act would not require the trustee to apply to the court, on notice to the creditors, for approval by the court of all proposals accepted by the creditors at a meeting called for that purpose:

---Re Kenmore Building Materials Ltd: Attorney General of Canada v. Gordon (1965) 7 CBR ns 310 at p. 315, affirmed by (1967) 9 CBR ns 41.

By this time, of course, the proposal will have been approved by the majority in number and three-fourths in value of the creditors with proven claims. Ordinarily, the court will not substitute its judgment for that of the creditors:

---In re Orchid Fashions Inc: Grobstein v. Bruck Mills Ltd. (1961) 2 CBR ns 103 at p. 104.

However, notwithstanding such approval, and even though the trustee may make a favourable report upon the proposal, ". . . the burden of establishing that the proposal is reasonable and calculated to benefit the general body of creditors is uppn the party asking for approval. It is not upon the substantial minority of creditors who opposed the proposal at the general meeting of creditors and who through their counsel renewed their objections when the court was asked to approve the proposal to satisfy the court that its approval should be refused . . . ":

---In re Gareau (English and Scotch Woollens Company) (1922) 2 CBR 265 at p. 269.

". . . it (is) not sufficient that the statutory majority of the creditors approve the proposal. The approval of the court is quite independent of that of the creditors and is based upon different considerations. It is always open to the court to consider whether the proposal is reasonable and is or is not for the benefit of the creditors, including the minority as well as the majority . . . ":

---In re Gareau (English and Scotch Woollens Company) (1922) 2 CBR 265 at p. 271.

The Bankruptcy Act puts a controlling power over proposals into the hands of the court ". . . for the purpose of protecting the creditors against their own recklessness; for the purpose of preventing the majority of creditors from dealing thus recklessly, not only with their own property, but with that of the minority, and of enforcing, so far as the legislature could, a more careful and moral conduct on the part of debtors . . .":

---In re Gareau (English and Scotch Woollens Company) (1922) 2 CBR 265 at p. 267.

". . . it is (the court's) duty to take into consideration not only the wishes and interest of the creditors (majority and minority creditors) but the conduct of the debtor, the interest of the public and future creditors, the moral standpoint or, in other words, the requirements of commercial morality":

---In re The Man With The Axe Limited (No. 1) (1961) 2 CBR ns 8 at p. 9.

Consequently, the court's approval of a proposal accepted by the statutory majority of creditors is not automatic. The positive factors which will permit a court to approve a proposal are very difficult to determine from the decided cases, because each case rests upon its own particular circumstances, particularly as regards the financial condition of the debtor, as well as his conduct during the period leading up to the making of his proposal, and prospects for carrying out the proposal. Moreover, the consideration of such factors varies from province to province, from judge to judge, and from year to year. For instance, a proposal offering a relatively low return on the creditors' claims, which might have been acceptable in the Great Depression

days of the 1930's, would not be acceptable in times of relative prosperity:

---Re Berdux (1951) 32 CBR 68.

Therefore, it is very difficult to determine affirmative guidelines for the court's approval. It is much easier, however, to determine guidelines for the court's rejection of a proposal, many of which are made imperative by the Bankruptcy Act, and some of which have been developed by the court in the public interest in the exercise of the discretion allowed to the court by section 41(8). These guidelines shall now be examined in turn.

By virtue of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28, "in all enactments 'shall' is to be construed as imperative".

This means that, in the following instances, when the Bankruptcy Act uses the word "shall", the court has no discretion whatsoever to approve the proposal, even though the statutory majority of creditors has accepted it.

The court shall refuse to approve the proposal if it does not provide for :

(1) payment in priority to other claims of all claims directed to be so paid in the distribution of the property of the debtor (sections 41(4) and 107(1) and Form 34 paragraph 2);

(2) payment of all proper fees and expenses of the trustee on and incidental to the proceedings arising out of the proposal (sections 41(4) and 107(1)(b)(i), Rule 62 and Form 34 paragraph 3);

(3) terms that are reasonable and calculated to benefit the general body of creditors (section 41(2)).

The terms of the proposal must be definite. Therefore, a proposal which named no definite period of time for the payment of debts, and merely amounted to a proposal to pay as soon as the debtor was able was refused approval by the court:

---In re Cowdrill (1922) 2 CBR 610.

Section 41(6) recognizes the validity of a proposal made by a corporation which provides for distribution of shares in the capital stock of the corporation among the creditors.

Section 45 provides that:

"A proposal made conditional upon the purchase of shares or securities or upon any other payment or contribution by the creditor shall provide that the claim of any creditor who elects not to participate in the proposal shall be valued by the court and shall be paid in cash upon approval of the proposal".

Section 45 and its predecessor in the 1919 Bankruptcy Act, namely section 13(2a) added by the amending statute 12-13 Geo V, S.C. 1922, c.8, s.12, and as subsequently amended, rendered obsolete the decision in the case of In re Lindners Limited (1921) 2 C.B.R. 49, which had originally required unanimity among the creditors for the acceptance of a proposal providing for distribution of shares of the capital stock of a corporate debtor, and refused to approve such a proposal. Prior to the 1922 amendment, when this case was decided, there was no provision in the Bankruptcy Act, as there is now in section 45, for separate treatment of dissenting creditors, and this made the court reluctant to bind a dissenting creditor to a scheme which the court called "wholly speculative" and which the court considered would result in giving the dissenting creditor "a valueless security". The 1922 amendment and its present expression in section 45 are intended to obviate the court's objection to this kind of proposal and to remove the obstacle created by the Lindners decision to the making of such proposals. These proposals are in all other respects subject to the general rules of voting, particularly the requirement of special resolution for acceptance in section 36(1). Section 41(6), added by the amending statute 14-15 Eliz II, S.C. 1966-67, c. 32, s. 8 provides the procedure for distribution of shares in such proposals, namely, transfer from the debtor through the trustee to the creditors.

The Court shall refuse to approve the proposal:

(1) if the proposal does not provide reasonable security for the payment of at least:

(i) fifty (50) cents on the dollar on all the unsecured claims provable against the debtor's estate (section 41(3)) or,

(ii) such percentage of such claims as the court may direct (section 41(3));

AND (2) if certain facts are proved against the debtor which would prevent the court from granting an unconditional discharge to the debtor. These facts are the following:

---the assets of the debtor are not of a value equal to 50 cents on the dollar on the amount of his unsecured liabilities, unless the debtor satisfies the court that the fact that the assets are not of a value equal to 50 cents on the dollar on the amount of his unsecured liabilities has arisen from circumstances for which he cannot justly be held responsible(section 143(1)(a));

In order for the debtor to maintain that he cannot be held responsible for such a shortage of assets,

". . . what the debtor has to allege and to prove are facts which the court will consider as being out of the ordinary bad state of the commercial business which occurs in turns as does prosperity, and which affected the insolvency specially exceptionally,or which created such a strong commotion in the business market that it could not reasonably be foreseen nor be protected against and caused many insolvencies. The proof did not establish any particular facts which affected their business position different from the rest of the other traders, nor did it establish any extraordinary conditions of the business market generally . . . ".. On this basis, the court refused to accept the explanation of the debtors as to the disproportion between their assets and liabilities and refused to approve the proposal:

---In re Freedman (1926) 7 CBR 410 at p. 411.

Where no other traders in the debtor's line of business have suffered financial losses to the same extent as the debtor, the debtor's burden of proof of conditions beyond his control will not be satisfied:

---In re National Fruit Exchange Inc. (1948) 29 CBR 125 at p. 127;

---In re Albee Fruit Exchange Inc. and Druker (1955) 35 CBR 207 at p. 208.

---The debtor has omitted to keep such books of account as are usual and proper in the business carried on by him and as sufficiently disclose his business transactions and financial position within the three years immediately preceding his proposal (section 143(1)(b));

---The debtor has continued to trade after knowing himself to be insolvent (section 143(1)(c)); where the principals in the debtor company registered themselves as a partnership under a name similar to that of the company and traded under the partnership name during the insolvency of the debtor company, this fact led the court to disapprove the proposal of the company:

---In re National Fruit Exchange Inc. (1948) 29 CBR 125 at p. 128;

---The debtor has failed to account satisfactorily for any loss of assets or for any deficiency of assets to meet his liabilities (section 143(1)(d));

The debtor's lack of "ordinary business prudence and foresight" coupled with "inability to recollect details of . . . business transactions" during the period of his insolvency caused the court to disapprove the debtor's proposal:

---In re Rinder and Bloem (1922) 2 CBR 572 at p. 573.

The debtor has brought on, or contributed to, his insolvency by rash and hazardous speculations, or by unjustifiable extravagance in living, or by gambling or by culpable neglect of his business affairs (section 143(1)(e));

---The debtor has put any of his creditors to unnecessary expense by a frivolous or vexatious defence to any action properly brought against him (section 143(1)(f));

---The debtor has, within the three months preceding the date of the his proposal, incurred unjustifiable expense by bringing a frivolous or vexatious action (section 143(1)(g));

---The debtor has, within the three months preceding the date of his proposal, when unable to pay his debts as they became due, given an undue preference to any of his creditors (section 143(1)(h));

". . . if the effect of the transaction with the creditor is to give him an undue preference, even though the transaction itself may stand, the debtor will have brought himself within the operation of section 59(h)(now section 143(1)(h))", which means that even though the impugned transaction cannot be attacked under the fraudulent preference provisions of sections 73 and 74, nevertheless, the debtor's participation in such a transaction is a fact militating against the court's approval of his proposal:

---In re Rinder and Bloem (1922) 2 CBR 572 at p. 574.

When a proposal is annulled, and bankruptcy results, pursuant to section 43(4), the money in the hands of the proposal trustee (representing payments made to the trustee by the debtor, which the trustee had not yet distributed to the creditors) do not form a separate trust for the benefit of the proposal creditors only;

they become part of the assets of the bankruptcy, and are distributable to both the proposal creditors and subsequent creditors:

---In re Allflex Company Limited (1962) 3 CBR ns 80 at p. 83.

Thus, where any proposal purports to create a preference in favour of the proposal creditors over future creditors upon goods to be subsequently acquired in the continuance of the debtor's trade, such a proposal, violating the fundamental rule of equitable treatment for all creditors and upsetting the distribution contemplated to achieve such equal treatment, will be disapproved by the court:

---In re Whitley (1923) 3 CBR 785.

However, the converse of the situation in the Whitley case would be approved, that is to say, it is proper to provide that future creditors will be paid in full and in preference to the proposal creditors:

---In re Thoun Estate (1925) 7 CBR 251.

---The debtor has, within the three months preceding the date of his proposal, incurred liabilities with a view of making his assets equal to 50 cents in the dollar on the amount of his unsecured liabilities (section 143(1)(i));

---The debtor has on any previous occasion been bankrupt or made a proposal to his creditors (section 143(1)(j));

---The debtor has been guilty of any fraud or fraudulent breach of trust (section 143(1)(k);

---The debtor has failed to perform the duties imposed on him under the Bankruptcy Act or to comply with any order of the court (section 143(1)(m));

---The debtor made a marriage settlement or marriage contract and was not, at the time he made the marriage settlement or marriage contract, able to pay all his debts without the aid of the property comprised in the settlement or contract (sections 147(a) and 69);

---The debtor made a marriage covenant giving gifts of future property to the debtor's wife or children (sections 147(b) and 70);

---The debtor has committed any offence under the Bankrutpcy Act or any other statute in connection with his property, his proposal or the proceedings thereunder. (sections 143(1)(z) 169, 170 and 171)).

Section 169(b) makes it a bankruptcy offence for any debtor to make any fraudulent disposition of his property before or after the proposal. In the case of In re Orchid Fashions Inc: Grobstein v. Bruck Mills Ltd. (1961) 2 CBR ns 103, the debtor company had made a loan to its president. Several months before the debtor company made its proposal, the president-borrower petitioned for the winding-up of the company, and in so doing, redeemed the amounts which he then owed the company. The result of his actions was to provoke the impairment of capital and insolvency of the company. The court held that the debtor company, as the instrument of its president in these dealings had been guilty of "constructive fraud on the creditors generally" by making a fraudulent disposition of its property, contrary to section 169(b). On this ground, the court refused to approve the debtor company's proposal.

All of the foregoing imperative and discretionary reasons for the court's refusal to approve a proposal were based upon the circumstance among others, that the proposal did not provide reasonable security for the payment of not less than 50 cents on the dollar on all the unsecured claims provable against the debtor's estate or such percentage thereof as the court may direct (section 41(3)). However, the fact that such security does in fact exist will not, by itself, compel the court to approve the proposal. The court still has discretion, and may refuse to approve the proposal whenever it is established that the debtor has committed any one of the offences mentioned in Bankruptcy Act sections 169, 170 and 171 (section 41(2)).

Under all other circumstances, the court may in its discretion either:

(i) approve the proposal, using Form 41, or

(ii) refuse to approve the proposal, using Form 42 (section 41(8)).

---Discretionary reasons for refusal to approve

Even if none of the statutory impediments to the approval of a proposal is present or proved during a court hearing, the court still has discretion to approve or refuse to approve a proposal, which it will exercise in the public interest. In such cases, if the court finds that a proposal, the prospects of which make it extremely attractive and beneficial to the creditors, would on other grounds be opposed to the public interest, then the public interest will be allowed to prevail, even at the risk of causing severe losses to creditors in a bankruptcy.

The decision of In re The Man With The Axe Limited (No. 1) (1961) 2 CBR ns 8, concerned just such a proposal. It was proved in court that the creditors could expect to obtain 30 cents on the dollar from the proposal if approved, but only a dividend varying from 3 to 10 cents on the dollar if bankruptcy were to ensue. The minority creditors refused the proposal, attractive as it might have seemed in this situation, bringing to the court's attention certain conduct of the debtor. This conduct consisted of the following elements:

(1) For several weeks prior to the making of the proposal, the debtor had been under interim receivership, and its principals had failed to disclose to the interim receiver the existence of a stock-in-trade valued at $32,000;

(2) The debtor issued a financial statement so erroneous that its auditors disclaimed responsibility for its contents;

(3) In the financial statement, the inventory had been over-valued, at retail prices instead of at cost, and the court found that this was done with the obvious intent to deceive its readers;

(4) Salaries had been paid to persons doing no work for the company, and several weeks before the proposal, they had been raised;

(5) Money was paid to someone who allegedly supplied goods to the debtor, but who in fact did not supply anything;

(6) Within the year preceding the proposal, the debtor had suffered a loss of a kind which showed that it had no control over its cash position;

(7) The assets of the debtor were not of a value of 50 cents on the dollar ;

(8) The debtor had continued to trade long after knowing that it was insolvent, even to the point of selling its stock at a loss in order to get cash in the till.

The court refused to approve the proposal saying (at p. 9):

". . . it is my duty to take into consideration not only the wishes and interests of the creditors (majority and minority creditors) but the conduct of the debtor, the interest of the public and future creditors, the moral standpoint or, in other words, the requirements of commercial morality.

"The conduct of the debtor is not satisfactory. On the contrary, it deserves condemnation . . .

"To approve this proposal, the court would have to close its eyes to all the facts disclosed, and it could only approve it in order to give all the creditors 30 cents in the dollar and permit all of them to secure the most they can expect.

"Although the creditors would be financially better off if the proposal were accepted, the court's approbation in this case would be tantamount to condonation and acquiescence in the debtor's conduct, and could even be considered by others as encouragement to proceed in the same fashion. . . .

"The proposal is not in the public interest. . . . In the exercise of my discretion, well knowing the consequences to all, I refuse to allow the proposal".

The court then added this stern warning to the creditors and to the public:

". . . creditors who indiscriminately advance lines of credit must face the consequences of their foolhardiness . . .".

The editors of the Canadian Bankruptcy Reports added the following comments at 2 CBR ns 11:

> ". . . the judgment showed that there are sufficient safeguards in the Act to prevent the approval of proposals which would offend the public interest or the requirements of commercial morality.
>
> "Unfortunately, in cases where the creditors are offerred somewhat more than they could expect on an assignment, or what the debtor makesthem believe they might receive, they gladly approve the proposal, and usually no creditor makes the effort to appear in court to oppose it . . .
>
> "This decision shows very clearly that the Bankruptcy Act is not always at fault; sometimes the creditors are the ones who should accept the sole blame for their misfortunes because they do not go to the trouble of protecting their interests".

***If the court refuses to approve the proposal, the trustee obtains a copy of the court order (Form 42 previously drafted by the trustee) signed by the judge (Rule 16(1)), which constitutes conclusive evidence of his appointment as trustee for the time being (section 41(11) and Rule 56), files it in his records (section 13(6)), and proceeds directly to Part IX of this paper entitled "Trustee's Procedure when Proposal Unsuccessful and Deemed Assignment in Bankruptcy Results".

*** If the court approves the proposal (section 41(8)), the court issues a written order (Form 41 previously drafted by the trustee) signed by the judge or Registrar (section 162(1)(b)(5) and Rules 16 and 84), or if court orders otherwise then as indicated on drafted court order, the trustee drafts a new one in accordance with the court's actual order, which order constitutes conclusive evidence of the trustee's appointment, and of which the trustee obtains a copy to file in his records (section 13(6)).

VII - EFFECTS OF APPROVED PROPOSAL

A proposal accepted by the creditors and approved by the court is binding on all the creditors with claims provable under the Bankruptcy Act and affected by the terms of the proposal (section 42(2)).

Secured creditors are not affected by the proposal (section 49(2)).

However, if certain kinds of unsecured creditors, listed in section 148(1) voted against the proposal, the proposal does not release the debtor from their claims (section 42(2)). These claims continue to be payable in full (section 42(2)) even though

(1) proceedings for the recovery of these claims is suspended (section 49(1)), and

(2) dividends are paid on them during the proposal period (section 41(5)).

The reader is referred back to the Part of this paper entitled "Considerations concerning certain kinds of claims" for a discussion of these claims.

After court approval of the proposal, the trustee is an intermediary between the debtor and his creditors, to supervise the debtor's performance of the terms of his proposal (section 41(5)):

---Fortier v. Lefaivre [1955] BR 258 at p. 259.

---In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Company Ltd. (1960) 1 CBR ns 16 at p. 22;

---In re W. Hanna & Company Limited (1961) 2 CBR ns 40 at p. 42.

The debtor retains all his right, title and interest in his property and full legal capacity to dispose of or otherwise deal with it. This status continues provided that the debtor performs all the terms of the proposal (sections 41(5) and 43(1)).

If the proposal was made by a bankrupt, the approval by the court of the proposal made after bankruptcy operates to annul the bankruptcy and to revest in the debtor all the right, title and interest of the trustee in the debtor's property, unless the terms of the proposal otherwise provide (section 41(9)).

VIII - TRUSTEE'S ADMINISTRATION OF APPROVED PROPOSAL

*** The trustee shall forthwith give a bond to the Official Receiver for the due accounting for, the payment and the transfer of all property received by him as trustee and for the due and faithful performance of his duties (section 12(1) rendered applicable by section 46(1), and section 41(5)).

*** The trustee must open a bank account in trust for the creditors for each proposal separately (section 13(3)) and separate from his private banking account (section 13(5) rendered applicable by section 46(1)).

*** Each proposal trust account record forms part of the trustee's records (section 13(6)).

*** When opening the account, the trustee gives to the bank:

(1) a copy of the proposal as accepted by the creditors and approved by the court, appointing him as trustee (Form 34);

(2) copies of the resolutions accepting the proposal and his appointment (Forms 6 and 38);

(3) a copy of the court order approving the proposal (Form 41) as conclusive evidence of

(i) his appointment (Rule 56) and

(ii) his authority to open the account and withdraw funds from it (section 13(4)).

***The debtor must make all payments under the proposal punctually to the trustee (section 41(5)).

***If the debtor makes default in the performance of any provision of the proposal (section 43(1)),if there is a surety (section 42(2)(a) and Form 34 paragraph 5),the trustee calls upon the surety for payment.

***If payment is not made promptly by the debtor or by the surety, the trustee should apply to the court to annul the proposal (section 43(1)(3));

--- Re Berdux (1951) 32 CBR 68 at p. 69.

*** If no application to annul is made, the proposal will be in abeyance until either:

(1) the debtor makes payment, or

(2) an application is made to the court to annul the proposal.

***If the court annuls the proposal (section 43(4)), the trustee obtains a copy of the court order (Form 43), signed by the judge or Registrar (section 162(1)(i) and Rule 16 (1)), which constitutes conclusive evidence of his appointment as trustee for the time being (section 43(5) and Rule 56) and files it in his records (section 13(6)), and proceeds directly to Part IX of this paper entitled "Trustee's Procedure when Proposal Unsuccessful and Deemed Assignment in Bankruptcy Results".

***In ongoing proposals, the trustee must deposit the debtor's payment in the proposal trust account (section 13(3)).

***The trustee must prepare the distribution list of creditors.

The scheme of distribution in sections 107 to 112 inclusive is rendered applicable to proposals by section 46(1):

---Perras v. Boulet (1959) 38 CBR 168 affirming [1958] BR 823

The trustee must separate from among the preferred creditors (section 107(1)) certain creditors and claims (sections 108 and 109), and list certain of the claims as unsecured (section 107(1)(d)(3) and 109, all rendered applicable by section 46(1)), and list other such claims as being postponed or deferred until all the other unsecured creditors have been paid 100 cents on the dollar (section 107(1)(d)(3), 108, 110, all rendered applicable by section 46(1)).
If the proposal does not provide for payment of 100 cents on the dollar, the postponed claims cannot be paid at all.

For further details, the reader is referred to the paper in this series entitled "Order of Priorities Among Creditors".

If any of the claims were disputed, the trustee should have sufficient funds deposited in his trust account to cover them, or the amount payable on the disputed claims should have been adequately secured, so that the funds will be available to pay the dividends on disputed claims if they are subsequently found to be valid:

---Re Mohawk Sports Equipment Limited (1971) 15 CBR ns 63

***Before paying dividends, the trustee must deduct:

(1) all the proper fees and expenses of the trustee, which include the following items allowed by the Bankruptcy Act:

(a) ". . . all moneys disbursed and expenses incurred and the remuneration claimed by the trustee . . . " (section 123(1);

(b) ". . . such special remuneration as may be agreed to by the debtor, or in the absence of agreement with the debtor, such amount as may be approved by the court . . ." (section 21(3));

(c) expenses and fees for services rendered as interim receiver on the proposal, if the trustee was so appointed by the court (section 29);

(d) any fees and expenses in respect of supervision of the affairs of the debtor pursuant to special terms to that effect in the proposal (section 37);

PLUS

(2) The Superintendent's levy upon all payments on account of the claims of creditors (sections 41(7), 118 and 107(1)(c)(2) and Rule 108).

***Then, the trustee must pay all other preferred claims in full in the order provided for (sections 41(4), 107(1)(2) and Form 34, paragraph 2).

***Afterwards, the trustee shall pay dividends to the unsecured creditors in accordance with the terms of the proposal (sections 41(5) and 107(3) and Rule 92).

***All payments of preferred claims and dividends are made by cheques drawn by the trustee on the trust account (section 13(4)).

***If there is only one dividend payable under the terms of the proposal, or where the final dividend has become payable, proceed directly to Part XIV of this paper entitled "Trustee's Application for Discharge".

***Each dividend payment should be accompanied by a dividend sheet, showing:

(1) all creditors who have proved their claims (section 97(1 to 5));

(2) the amount received from the debtor as at the date of payment of the dividend (section 41(5));

(3) the deduction of the trustee's fees and expenses, determined as noted above;

(4) the deduction of the Superintendent's levy, noted as above;

(5) amounts paid to preferred creditors;

(6) the balance available for distribution of dividends to unsecured creditors;

(7) the claim proved by each creditor;

(8) the proportion of each creditor's claim to the total claims expressed as a percentage (section 112);

(9) the actual dividend payable in money to each creditor.

*** Payments of dividends and dividend sheets are sent to the creditors by registered mail (Rule 37(2)).

*** Copies of the dividend sheets are also

(1) sent to the Superintendent by registered mail (section 13(11)(c) and Rule 37(2)) and

(2) filed in court (section 13(11)(c)).

*** The trustee files copies of the dividend sheets and registered mail proofs in his records (section 13(6)).

*** When the debtor remits the final dividend payment to the trustee (section 41(5)), the debtor is simply released from further payments without any formality, except for the balance of certain debts remaining payable in full by virtue of sections 42(2) and 148. The trustee should inform the debtor of his continuing responsibility for such debts. He should, in particular, be warned that, if he fails to pay these debts, and if the total of such debts is large enough, the debtor can become bankrupt, even though he has already performed all the other provisions of his proposal (sections 150(1) and 25(1) rendered applicable by section 46(1)). For details of these debts, the reader is referred back to the part of this paper entitled "Considerations concerning certain kinds of claims".

> The debtor does not require a discharge, because, if he makes his proposal as an insolvent person, no change in his status takes place upon the creditor's acceptance and the court's approval of the proposal, and if he made the proposal as a bankrupt, ". . . the approval by the court of a proposal made after a bankruptcy operates to annul the bankruptcy . . ." (section 41(9)).

IX - TRUSTEE'S PROCEDURE WHEN PROPOSAL UNSUCCESSFUL AND DEEMED ASSIGNMENT IN BANKRUPTCY RESULTS

***When the proposal is made by an insolvent person,

(1) if the creditors refuse to accept the proposal by special resolution (sections 36(1) and 39(1)), or

(2) if the court refuses to approve a proposal accepted by the creditors (section 41(8)(10)),

the debtor shall be deemed to have made an assignment (sections 39(1) and 41(10)) on the day the proposal was filed (section 42(1)), that is to say, retroactively.

***If the proposal is made by a bankrupt,

(1) if the creditors refuse to accept the proposal by special resolution (sections 36(1) and 39(1)), or

(2) if the court refuses to approve a proposal accepted by the creditors (section 41(8)(10)),

the debtor remains bankrupt, and nothing changes.

***Only the trustee's costs shall be payable out of the estate of the debtor, but not the debtor's costs (section 41(12)).

***If the court annuls the proposal on application, following default by the debtor to perform its terms, the debtor shall be deemed to have made an assignment on the day the proposal was annulled (section 43(4)), that is to say, there is no retroactivity in the deemed assignment.

***In an annulled proposal (section 43), every transaction in which the debtor and/or the trustee participated remains intact (section 43(2)).

> Section 43(2) contains two distinct provisions. The first provision is of general application to all transactions entered into by the debtor and/or the trustee between the time the proposal was filed (section 42(1)) and the date of annulment (section 43(4)), and states that an order annulling the proposal, ". . . shall be made without prejudice to the validity of any sale, disposition of property or payment duly made, or anything duly done under or in pursuance of the proposal . . .".
>
> The second provision concerns specifically a guarantee given by a surety when the proposal was first made by the debtor. This provision was added to the section which, before the coming into force of the 1970 Revised Statutes of Canada, bore the number 36(2), by the amending statute 14-15 Eliz II, S.C. 1966-67, c. 32, s. 9, and reads as follows:

". . . notwithstanding the annulment of the proposal, a guarantee given pursuant to the proposal remains in full force and effect in accordance with its terms".

The reason for this amendment was because, under the ordinary common law, a guarantee is merely an accessory to a principal contract, and the general rule is that "the accessory follows the principal". This means that, if the principal contract ceases to exist, then the accessory contract, in this case the guarantee, must cease to exist at the same time. Therefore, when the proposal ceases to exist by reason of its annulment, then, under the ordinary common law (as opposed to a statute like the Bankruptcy Act), the guarantee also ceases to exist, the theory being that what the guarantor undertook to guarantee was a proposal, and not a bankruptcy:

---Cloutier v. Dumas (1954) 34 CBR 178;

The purpose of the amendment, therefore, is to provide a statutory rule, overriding the ordinary common law, and keeping alive the accessory guarantee, even though the principal contract, the proposal, has ceased to exist by virtue of the annulment. Consequently, because of this amendment, the decision in Cloutier v. Dumas no longer represents the law on this point.

***The proposal may be annulled where it appears to the court:

(1) that the proposal cannot continue without injustice or undue delay (section 43(1)), or

(2) that the approval of the court was obtained by fraud (section 43(1)),

in which cases annulment and resulting bankruptcy would be a penalty against the debtor, for not having performed the provisions of the proposal by his own effort, but the creditors would be protected by the guarantor's payment of their claims as determined in the proposal, and the guarantor(s) would in turn become unsecured creditor(s) in the debtor's bankruptcy (section 95(1)).

***In all three cases of deemed assignments mentioned above, the trustee's procedure is identical, except only as to the numbered forms to be used for notices, certificates, reports, etc., as indicated in Part XI of this paper entitled "No Quorum - Temporary Administration", in the events that:

(1) the creditors refuse the proposal (section 39(1));

(2) the court refuses to approve the proposal (section 41(10));

(3) the court annuls the proposal (section 43(4)).

***By virtue of the deemed assignment, the debtor becomes bankrupt and ceases to have any capacity to dispose of, or otherwise deal with, his property, which shall forthwith pass to and vest in the trustee named in the deemed assignment (section 50(5)).

X - WHEN CREDITORS HAVE REFUSED PROPOSAL AND QUORUM IS PRESENT

***At a meeting where the creditors have refused to accept a proposal, although no quorum is necessary for the vote of acceptance or rejection because voting letters were permitted, now that bankruptcy has occurred, a quorum is necessary to hold the first meeting of creditors in the bankruptcy.

***The quorum is calculated as follows:

(1) if there are less than four (4) creditors in the proposal, all of them must be present in person or by proxy (sections 84(1) and 87(2)(3));

(2) if there are four (4) or more creditors in the proposal, at least three (3) creditors must be present in person or by proxy (sections 84(1) and 87(2)(3)).

***Nevertheless, even though there is no quorum, and consequently, even though the creditors, in these instances, cannot vote upon the appointment or substitution of the trustee, the trustee's temporary appointment takes place immediately upon the deemed assignment (sections 39(1), 41(10), and 43(5)).

***The trustee shall forthwith give a bond to the official receiver for the due accounting for, the payment and the transfer of all property received by him as trustee and for the due and faithful performance of his duties (section 12(1) rendered applicable by section 46(1)).

***In all cases of deemed assignments, (i.e. whether or not a quorum is available for the first creditors' meeting in bankruptcy), the trustee shall forthwith file a report with:

(1) the Superintendent, by registered mail (Rule 37(2)) and

(2) the Official Receiver as follows:

(a) creditors refuse proposal (section 39(2) and Form 39A);

(b) court disapproves proposal (Section 41(10)(11) and Form 42A);

(c) court annuls proposal (section 43(4)(5) and Form 42A adapted).

***The trustee files copies of the reports in the registered mail proofs in his records (section 13(6)).

***The trustee obtains from the Official Receiver (Rule 84A(1)) copies of the certificate of deemed assignment as follows:

(A) creditors refuse proposal (section 39(2) and Form 40A);

(B) court disapproves proposal (section 41(11) and Form 42B);

(C) court annuls proposal (section 43(6) and Form 43A).

***The trustee also obtains from the Official Receiver an ordinary certificate of appointment (section 31(4), Rule 80 and Form 32).

***These two certificates constitute conclusive evidence of his temporary appointment as trustee (sections 41(11) and 43(5) and Rule 56).

***The trustee files the certificates in his records (section 13(6)).

***The trustee must act immediately to safeguard the property of the bankrupt for the creditors in the following manner.

***If any property of the bankrupt has been seized, the trustee must serve and/or register in the court records of actions by the seizing creditors the following documents:

(1) notices of stay of proceedings (section 49(1));

(2) certified true copies of the certificate of deemed assignments as follows:

(A) creditors refuse proposal (section 39(2) and Form 40A);

(B) court disapproves proposal (section 41(11) and Form 43B);

(C) court annuls proposal (section 43(4)(5) and Form 43A adapted).

***The trustee may then recover the seized property (sections 50(1) and 51(2)(3)(4):

---Re Charisma Fashions Limited:Amanda Designs Boutique Limited v. Charisma Fashions Limited (1972) 27 DLR (3d) 392 reversing i (1971) 15 CBR ns 53.

***The trustee must also serve and/or register these documents in all other court proceedings by creditors (section 49(1)).

As was stated earlier in Part III of this paper entitled "Trustee's administration before first creditors' meeting", if any of the debtor's property was seized before the seizing creditor had notice of the proposal and stay of proceedings,then further execution proceedings were stayed, and the trustee could not automatically recover any of the property seized, unless he had been appointed interim receiver, because otherwise, title over the seized property did not vest in the trustee, as a result of the nature of proposals. Also, for this same reason, as long as no bankruptcy occurred, creditors owning property in the debtor's possession could proceed to recover it without making a

property claim (section 59, Rule 92.1 and Form 51.1 rendered inapplicable by section 46(1)):

---In re Bertone Construction Co. Ltd: Grobstein v. Watson, Jack, Hopkins et al (1960) 2 CBR ns 30 at p. 36.

In a proposal accepted by the creditors and approved by the court, the debtor would have retained full capacity and the incapacity of the trustee would have persisted.

However, now that bankruptcy has occurred, the debtor's property has passed to and vested in the trustee (section 50(5)), the trustee does have capacity to claim property seized from the debtor and to compel seizing-creditor-owners to file proofs of property claims (section 59(4), Rule 92.1 and Form 51.1) with respect to property in the possession of the debtor-become-bankrupt "at the time of the bankruptcy". In the cases of the creditors' refusal (section 39(1)) and the court's disapproval (section 41(10)) of the proposal, the retroactivity of the deemed assignment to the date of the filing of the proposal(section 42(1)) will invalidate seizures by creditor-owners which ostensibly were valid on the sole ground that the debtor, not the trustee, had full capacity with respect to the property. However, as was pointed out in the Charisma Fashion case cited above, " . . . each creditor is required to be notified of the making of the proposal and so become aware of the possibilities that the insolvent later may be deemed to have become a bankrupt as of the date of the filing of the proposal . . ."(p. 395). This includes the creditor purporting to seize as owner, and attempting to by-pass the trustee, claiming that the seized property is his own and not the debtor's. The mere assertion of the claim to ownership is not necessarily valid. Once retroactivity has supervened the seizure, the trustee in the bankruptcy has capacity to demand that the creditor-owner file a proof of property claim (section 59(4), Rule 92.1 and Form 51.1) to justify what he has done (section 59(3)). The

trustee now has the power to dispute the claim (section 59(2)) and if necessary to recover the property seized (section 12(3)(5)(6)):

---Charisma Fashion case cited above.

When an approved proposal is annulled, bankruptcy begins only upon annulment (section 43(4)) and is not retroactive. Because property claims pursuant to section 59 concern property ". . . in the possession of the bankrupt at the time of the bankruptcy . . . ", the trustee in bankruptcy following annulment will not be able to use the procedure of section 59(4) to compel the seizing creditor to justify a seizure completed before annulment. If there is any ground for recovery of seized property by way of attack against the title of the seizing creditor purporting to be owner, the trustee does not have the benefit of compelling the seizing creditor to prove his title (section 59(3)) but must take ordinary proceedings for recovery of possession and prove the defects he alleges in the creditor's title to the seized property.

***The trustee must advise the manager of the bankrupt's bank (section 56) that the bankrupt has made an assignment, and seize all the bank accounts of the bankrupt (section 12(2)(3)).

***If the bankrupt ownes real estate, the trustee must register in Land Titles Registry Offices against the bankrupt's land, in order to transfer ownership or equitable title to himself as trustee (sections 50(5) and 52(1)(2))true copies of the certificates of deemed assignment, certified by the Official Receiver, as follows:

(A) creditors refuse proposal (section 39(2) and Form 40A);

(B) court disapproves proposal (section 41(11) and Form 42B);

(C) court annuls proposal (section 43(6) and Form 43A).

***When the proposal is rejected, if there is a quorum present, the trustee shall forthwith call a meeting of creditors who are present at that time, and such meeting shall be deemed to be the first meeting of creditors in the bankruptcy (sections 39(1)(a) and 80(1)(5)).

> By virtue of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28, "in every enactment, 'shall' is to be construed as imperative".

***Proceedings at the first creditors' meeting in bankruptcy and the trustee's duties following that first meeting are governed by the trustee's ordinary bankruptcy procedure.

XI - NO QUORUM - TEMPORARY ADMINISTRATION

***Because section 35 permits creditors to vote by voting letter without attending, if the proposal is rejected, the trustee may be without a quorum for the holding of the first creditors' meeting in the bankruptcy.

***Where, by court judgment, the proposal has become a deemed assignment, a quorum will definitely not be present.

***The trustee should, as soon as possible:

(1) visit the bankrupt's residence and place of business (sections 12(6) and 138);

(2) take possession of the books and records and property of the bankrupt (sections 12(2 to 6), 13(7), 129(b) and 171(2));

(3) make a complete physical inventory;

(4) take conservatory measures respecting the bankrupt's property (section 12(7)(a)) and urgent legal proceedings if necessary (sections 12(9) and 162(1)(h)).

***The trustee shall forthwith temporarily insure and keep insured (section 13(1)) in his official name of "the trustee of the estate of _____, a bankrupt" (section 11) all insurable property of the bankrupt for such amount and against such hazards as the trustee may deem advisable. If any property of the bankrupt was insured before the trustee's seizure, the bankrupt's insurance passes to the trustee automatically and without notice to the insured or any other action by the trustee (section 13(2)).

***The trustee shall forthwith call the first meeting of creditors in the bankruptcy (sections 39(1)(b), 41(10), 43(5) and 80) in the following manner.

***The trustee prepares whichever of the following notices is applicable:

(a) creditors refuse proposal (Section 39(1) and Form 46A);

(b) court disapproves proposal (section 41(10)) and Form 46B);

(c) court annuls proposal (Section 43(4) and Form 46B adapted).

***The trustee sends the above notices by registered mail (section 80(1) and Rule 37(2))to

(1) the creditors

(2) the Superintendent (section 13(11)(a));

(3) the Dominion Statistician (section 13(11)(a)).

***The trustee prepares whichever of the following publication notices is applicable:

(a) creditors refuse proposal (Section 39(1) and Form 47A);

(b) court disapproves proposal (section 41(10) and Form 47B);

(c) court annuls proposal (section 43(4) and Form 47B adapted).

***The trustee publishes the above notices:

(1) in a local newspaper at least six (6) days prior to the meeting (section 80(4)) and

(2) in the Canada Gazette as soon as possible after bankruptcy (sections 80(3) and 182).

***The trustee shall send a notice of the first creditors' meeting to the bankrupt by registered mail (section 80(1), Rule 37(2) and Form 46).

***The trustee also serves upon the bankrupt one copy of the certificate of deemed assignment with the endorsement of the Official Receiver, requiring the bankrupt to present himself for examination with respect to his conduct, the causes of his bankruptcy and the disposition of his property (section 129(c), Rule 84A(2) and Form 40A).

***The trustee files copies of all such notices and registered mail proofs in his records (section 13(6)).

***If a meeting with a quorum has already been held, the trustee serves the notices of examination on the bankrupt and proceeds to determine the claims of the creditors.

***The claims provable of creditors under the proposal shall be determined as of the date of the filing of the proposal (sections 95(4) and 42(1)), and are provable in the bankruptcy for the full amount of the claims, less any dividend paid on them pursuant to the proposal (sections 95(5), 106(1), 41(5)(8) and 43(2) and Rule 92).

***If the trustee disputed any of the claims filed, he should have sufficient funds deposited in his trust account to cover all such claims, or the amount payable on the disputed claims should be adequately secured so that the funds will be available to pay the dividend on disputed claims if they are subsequently found to be valid:

---Re Mohawk Sports Equipment Limited (1971) 15 CBR ns 63.

***The moneys which the trustee may have received from the debtor towards payment of the next dividend, and which have not been distributed, are not set apart in trust for the proposal creditors, but are property of the debtor, and pass from the proposal trustee to the bankruptcy trustee for distribution among all creditors of the bankrupt:

---In re Allflex Company Limited (1962) 3 CBR ns 80 at p. 83.

***All other proceedings in the bankruptcy are governed by the trustee's ordinary bankruptcy procedure.

XII - TRUSTEE'S ATTENDANCE AT FIRST CREDITORS' MEETING IN ALL DEEMED ASSIGNMENTS

***At first creditors' meeting in deemed assignments, the Official Receiver shall be chairman (section 83(1)).

***The creditors may, by ordinary resolution (sections 39(1), 41(10) 43(5), 80(5) and 93 and Form 6)

(1) affirm the appointment in the proposal of the trustee, or

(2) appoint or substitute another trustee (Rule 56 and Form 32)

***If the trustee is replaced, proceed to Part XIII of this paper entitled " "Procedure by trustee if replaced".

***If the trustee's appointment is affirmed, the trustee

(1) prepares copies of the minutes of the first meeting (sections 84(4)(5) and 92);

(2) takes particular note of instructions given by the creditors (section 80(5));

(3) files the minutes in his records (section 13(6)).

(4) follows ordinary bankruptcy procedure for administration of estate, and for application for discharge from bankruptcy of both debtor and trustee.

XIII - PROCEDURE BY TRUSTEE IF REPLACED

***If a new trustee is appointed, then the former trustee shall forthwith deliver to the new trustee (sections 18(1) and 50(5)) all the books and records of the estate (sections12(2), 13(6)(7) and 173(1)(e)) and all property of the bankrupt.

***The trustee prepares a statement of receipts and disbursements (sections 122, 123(2) Rule 62 and Form 54, all rendered applicable by section 46(1)), which shall contain a complete account of:

(1) all moneys received by the trustee out of the property of the bankrupt or otherwise (section 123(1));

(2) the amount of interest received by the trustee (section 123(1));

(3) all moneys disbursed and expenses incurred (section 123(1));

(4)and the remuneration claimed by the trustee (section 123(1));

(5) receipts will include moneys received from the debtor but not yet paid over to the creditors as dividends (section 41(5)).

Receipts would also include moneys seized and any proceeds, realized from any disposition of the debtor's property.

Items properly included in the remuneration of the trustee, as permitted by the Bankruptcy Act, include the following:

(1) fees for work done in preparing the proposal and presenting it to the first meeting of creditors and, if accepted, to the court (section 21(2)(4));

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 CBR 392 at p. 393;

---In re Sellers Kitchen Cabinets Limited (1922) 2 CBR 306 at p. 307.

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111

(2) if the trustee has been appointed interim receiver; (section 29), services rendered as such;

(3) if the trustee supervised the affairs of the debtor in accordance with provisions to that effect in the proposal (section 37), services rendered as such;

(4) such special remuneration as may have been agreed to by the debtor (section 21(3)) subject to variation by the court (section 21(5)) upon taxation:

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

(5) if the proposal trustee has become the trustee of the debtor's deemed assignment, fees for services rendered as bankruptcy trustee until his replacement (sections 50(5), 12(2)(3), 49(1) and 80).

***The trustee shall send the statement of receipts and disbursements by registered mail (Rule 37(2)) to the Superintendent (sections 123(3)(4) and 13(11)(c)(12)).

***Upon receiving any comments which the Superintendent may have made (section 123(4)), the former trustee shall obtain a hearing date from the court for his application to pass his accounts.

trustee prepares the following documents:

(1) a notice of at least four (4) days of his application to pass accounts (section 18(1), Rules 61, 5(1), 106 and 107 and Form 8);

(2) a copy of the statement of receipts and disbursements (sections 112 and 123(1), Rule 61 and Form 54).

***The former trustee shall serve these two documents by registered mail (Rules 5(3), 37(2) and 61) upon the following persons:

(1) every creditor whose claim has been proved (unless the registrar dispenses with service upon creditors) (Rule 61);

(2) the Registrar (section 13(11)(c) and Rule 61(b));

(3) the bankrupt (Rule 61(c));

(4) the new trustee (Rule 61(d));

(5) the Superintendent (sections 13(11)(c)(12) and 123(3)(4) and Rule 61(e)).

***The former trustee prepares his application to the court to pass his accounts (section 18(1) and Forms 9 and 54).

***The former trustee must verify his application by affidavit (Rule 61A and Form 10).

***The former trustee must also present any comments which the Superintendent may have made (section 123(4)).

***The remuneration for services of the former trustee is determined by the court (sections 18(2)(e), 23(3) and 162(1)(i)(4)(5)) in accordance with the services actually rendered by the former trustee with apportionment between him and the new trustee if necessary (section 21(4)).

Even if there has been an agreement between the debtor and the trustee regarding the trustee's remuneration (section 21(3)), the trustee's remuneration must be taxed by the court:

---L'Hotel du Lac St-Joseph v. Grosleau (1928) 10 CBR 14 at p. 15.

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120.

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

Even though such agreements are legally enforceable, the court will not permit the payment of an exorbitant fee, merely because the debtor has agreed to it, to the prejudice of the creditors:

---L'Hotel du Lac St-Joseph v. Grosleau (1928) 10 CBR 14 at p. 15;

---In re Roy (1963) 4 CBR ns 275 at p. 279.

Ordinarily, where the trustee has not handled any property for realization, the court will allow a sum not exceeding 7½% of the net receipts (section 21(2) rendered applicable by section 46(1)):

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 CBR 392 at p. 393 and 395.

If the trustee has not handled any receipts the court will ". . . estimate as well as (it) can the value of the services rendered, and in doing so, it seems . . . proper to take into account the value of a debtor's state, and the probable difficulties the trustee may have to contend with in assisting the debtor to make a proper statement of its affairs so as to be in a position to give the creditors necessary information respecting the same in order to enable them to come to a decision whether or not they shall accept the proposal . . .":

---In re Sellers Kitchen Cabinets Limited (1922) 2 CBR 306 at p. 307.

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

On application by the trustee, a creditor or the debtor and upon notice to such parties as the court may direct, the court may make an order increasing or reducing the remuneration (section 21(5)):

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

Where a trustee stated that it was his usual practice in an approved proposal to charge one half of the rate established for remuneration in section 21(2), or 3 3/4 per cent of the total of the unsecured and preferred liabilities, the court allowed the trustee's remuneration at that figure:

---Re Quality Smoked Meat Limited (1961) 13 CBR ns 217

***The remuneration and disbursements of the former trustee shall be paid by the new trustee as soon as funds become available as a preferred claim (sections 18(2)(e) and 107(1)(b)(i)(2)).

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

Where the proposal is refused by either the creditors or the court, and the debtor is deemed to have made an assignment on the day when the proposal was filed (sections 39(1) and 41(10)), and the certificate of assignment issued by the receiver has the same effect as an assignment filed by the debtor (sections 39(2) and 41(11) and 31), the debtor is deemed to have been bankrupt from the day of filing the proposal, and the proposal trustee is deemed to have been administering the bankruptcy from that day, with the result that the trustee will be entitled to be paid by preference. The decision in In re Mc Cartney Sales and Service Ltd. (1955) 35 CBR 61, that the trustee in such circumstances was not preferred, but merely unsecured,

has been rendered inapplicable by the sections previously quoted, introduced into the Bankruptcy Act by the 1966 amendments:

---Re Mastrogiovanni (1971) 16 CBR ns 261.

When an approved proposal is annulled, even though the annulment does not make the bankruptcy retroactive (section 43(4)), the trustee is a preferred creditor for the services rendered in the proposal and in the ensuing bankruptcy until he is replaced (section 107 rendered applicable by section 46(1)):

---Perras v. Boulet (1959) 38 CBR 168 affirming [1958] BR 823.

***The court hears the former trustee's application for the passing of his accounts. At that time, all claims and objections made by the bankrupt and/or any creditor and all applications and appeals will be disposed of(section 23(3)(4)).

***After taxation of his accounts, the former trustee shall:

(1) file a copy of the statement of receipts and disbursements in court (sections 13(11)(c) and 123(1)(5) and Forms 54 and 55), and

(2) send another copy by registered mail (Rule 37(2)) to the Dominion Statistician (section 13(11)(c)).

***The former trustee files copies of all the foregoing documents and the registered mail proofs in his records (section 13(6)).

***Three months after the final disposition of the claims, objections, applications and appeals by the court (section 23(3)(4)), or three months after substitution (section 23(3)), whichever is later, the former trustee applies for his discharge as follows (section 23(1)(3)).

***The former trustee shall obtain a hearing date from the court for his application for discharge (Form 15).

***The former trustee prepares the following documents:

(1) a notice of his application for discharge (section 123(5)(c), Rule 63(b) and Form 56);

(2) his application for discharge (section 23(1), Rule 63 and Form 15).

***The trustee annexes to these two documents a copy of his taxed statement of receipts and disbursements (section 123(5)(a) and Rule 63(b) and Form 55).

***The former trustee shall serve these documents by registered mail (Rule 37(2) upon the following persons:

(1) every creditor whose claim has been proved (Rule 61(a));

(2) the Registrar (section 13(11)(c) and Rule 61(b));

(3) the bankrupt (Rule 61(c));

(4) the Superintendent (Section 13(11)(c)(12)).

***The former trustee files copies of these documents and the registered mail proofs in his records (section 13(6)).

***The former trustee files in court the following documents:

(1) his application for discharge (section 23(1), Rule 63 and Form 15);

(2) an affidavit verifying his application for discharge (Rule 63(a));

(3) a copy of the notice of application for discharge (section 123(5)(c), Rule 63(b) and Form 56);

(4) a copy of the taxed statement of receipts and disbursements.

***The former trustee drafts a discharge order to take with him to the hearing before the Registrar (sections 162(c)(f)(4)(5) and Form 17).

***The court hears the former trustee's application for discharge.

***After receiving his discharge from the court, the former trustee must send the copy (Form 17) to the Superintendent by registered mail (Rule 37(2)), and file a copy of the discharge order and the registered mail proofs in his records (section 13(6)).

XIV - TRUSTEE'S APPLICATION FOR DISCHARGE

The procedure in this section applies when the trustee's appointment has been affirmed by the creditors, whether they have accepted or rejected the proposal.

Although the debtor does not require a discharge in the case of an approved proposal, because his status and capacity are not in any way affected by the proposal, the trustee, having been appointed by the creditors and/or the court, and having been charged with duties under the proposal, must be discharged from these duties upon full performance.

***The trustee shall prepare the following documents:

(1) a statement of receipts and disbursements;(Form 54 adapted for proposals).

(2) a dividend sheet (sections 122 and 123(2)).

***The statement of receipts and disbursements (sections 122 and 123(2), Rule 62 and Form 54, all rendered applicable by section 46(1)) shall contain a complete account of:

(1) all moneys received by the trustee out of the property of the bankrupt or otherwise (section 123(1));

(2) the amount of interest received by the trustee (section 123(1));

(3) all moneys disbursed and expenses incurred (section 123(1));

(4)and the remuneration claimed by the trustee (section 123(1));

Items properly included in the remuneration of the trustee, as permitted by the Bankruptcy Act, include the following;

(1) fees for work done in preparing the proposal and presenting it to the first meeting of creditors and, if accepted, to the court (section 21(2)(4));

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 CBR 392 at p. 393;
---In re Sellers Kitchen Cabinets Limited (1922) 2 CBR 306 at p. 307.
---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

(2) if the trustee has been appointed interim receiver (section 29), services rendered as such;

(3) if the trustee supervised the affairs of the debtor in accordance with provisions to that effect in the proposal (section 37), services rendered as such;

(4) such special remuneration as may have been agreed to by the debtor (section 21(3) subject to variation by the court (section 21(5) upon taxation:

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

(5) if the proposal trustee has become the trustee of the debtor's deemed assignment, fees for services rendered as bankruptcy trustee until his replacement (sections 50(5), 12(2)(3), 49(1) and 80).

***If there are any inspectors, the inspectors must approve both documents (sections 38, 94(13)(14) and 123(3)).

***The trustee must also prepare a cheque in payment of the Superintendent's levy deducted from the dividend (sections 123(3)(4), 41(7), 118 and 107(1)(c)(2) and Rule 108).

***The trustee must send the foregoing documents and cheque by registered mail (Rule 37(2)) to the Superintendent (section 13(11)(c)(12)) for the comments of the Superintendent (section 123(3)(4)).

***Upon receiving any comments which the Superintendent may have made (section 123(4)), the trustee shall obtain a hearing date from the court for taxation of his accounts.

Even if there has been an agreement between the debtor and the trustee regarding the trustee's remuneration (section 21(3)), the trustee's remuneration must be taxed by the court:

---L'Hotel du Lac St-Joseph v. Grosleau (1928) 10 CBR 14 at p. 15.

---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

---Re Hennie Elkind (West End) Limited (1972) 17 CBR ns 111.

Even though such agreements are legally enforceable, the court will not permit the payment of an exorbitant fee, merely because the debtor has agreed to it, to the prejudice of the creditors:

---L'Hotel du Lac St-Joseph v. Grosleau (1928) 10 CBR 14 at p. 15;

---In re Roy (1963) 4 CBR ns 275 at p. 279.

Ordinarily, where the trustee has not handled any property for realization, the court will allow a sum not exceeding 7½% of the net receipts (section 21(2) rendered applicable by section 46(1)):

---In re Brown: Ex parte Allen (1922) 2 CBR 392 at p. 393 and 395.

On application by the trustee, a creditor or the debtor and upon notice to such parties as the court may direct, the court may make an order increasing or reducing the remuneration (section 21(5)):
---Re Space-Pak International Limited (1972) 17 CBR ns 120

Where a trustee stated that it was his usual practice in an approved proposal to charge one half of the rate established for remuneration in section 21(2), or 3¾ per cent of the total of the unsecured and preferred liabilities, the court allowed the trustee's remuneration at that figure:

---Re Quality Smoked Meat Limited (1961) 13 CBR ns 217.

***On the hearing date, the trustee makes his application, accompanied by the Superintendent's comments, if any, to have his accounts taxed by the taxing officer (sections 123(4) and 162(1)(f)(i)(4)(5) and Rule 62).

***After the taxation of his accounts and the legal costs, if any(section 168 and Rules 38, 41 to 46), the trustee shall obtain a hearing from the court for his application for discharge (Form 15)

***The trustee prepares the following documents:

(1) a copy of the taxed final statement of receipts and disbursements (section 123(5)(a), Rule 63(b) and Forms 54 and 55);

(2) a copy of the dividend sheet(section 123(5)(b));

(3) a notice of

(a) final dividend and

(b) a notice of his application for discharge (section 123(5)(c), Rule 63(b) and Form 56);

***The trustee files copies of each of these documents and the registered mail proofs in his records (section 13(6)).

***The trustee waits for fifteen (15) days from the mailing date, in order to receive notices of objections, if there are any (section 123(5)(c)(6)).

***After the fifteen (15) day period, or after all objections, applications and appeals have been settled or disposed of, (section 23(4)) whichever is later the trustee pays the final dividend (sec. 123(5)(c)).

***The estate is now deemed to have been fully administered (section 23(4)).

***Thirty (30) days after the payment of the final dividend (section 123(5)(c)) the trustee shall file in court the following documents:

(1) his application for discharge (sec. 23(1), Rule 63 and Form 15);

(2) an affidavit verifying his application for discharge (Rule 63(a) and Form 16 adapted for proposals).

***The trustee shall serve these documents by registered mail (Rule 37(2)) upon the following persons:

(1) every creditor whose claim has been proved (Rule 61(a));

(2) the Registrar (section 13(11)(c) and Rule 61(b));

(3) the debtor (Rule 61(c));

(4) the Superintendent (Section 13(11)(c)(12)).

***The trustee shall also send by registered mail (Rule 37(2)) to the Dominion Statistician the following documents:

(1) a copy of the taxed final statement of receipts and disbursements (section 13(11)(c));

(2) a copy of the dividend sheet section 13(11)(c)).

(3) a copy of the notice of final dividend (section 123(5)(c)), Rule 63(b) and Form 56);

(4) a copy of the notice of application for discharge (section 123(5)(c), Rule 63(b) and Form 56);

(5) a copy of the taxed statement of receipts and disbursements.

(6) the dividend sheet.

***The trustee drafts a discharge order to take with him to the hearing (sections 23(6) and 162(c)(f)(4)(5) and Form 17).

***The court hears the trustee's application for discharge.

***After receiving his discharge from the court, the trustee must send a copy to the Superintendent (section 5(2)(3)(d)) by registered mail (Rule 37(2)).

***The trustee must file a copy of the discharge order and the registered mail proofs in his records (section 13(6)).

***The discharge operates as a release of the bond given upon appointment to the Official Receiver (section 23(9)).

The bond is kept by the Official Receiver against possible future claims against the trustee brought within the period stipulated by provincial statutes of limitation or prescription.

***The trustee must close the estate bank account (section 13(3)(4)(5)).

***The trustee who has been discharged remains de facto trustee(section 23(10)).

***The discharged trustee must keep all books, records and documents (section 13(6)(7)) relating to the administration of the proposal for twenty (20) years after his discharge (Rule 64(1)(2)). However, if it has been necessary to take possession of any of the debtor's own books, records and documents as interim receiver in the proposal (section 29) or in the exercise of powers of supervision over the debtor's affairs provided for in the proposal (section 37) or as trustee of the debtor's bankruptcy before the proposal was accepted (section 32(2)(b)), the trustee must return the debtor's own books, records and documents (Rule 64(6)) after the trustee has received his discharge (section 23(6)).

Bankruptcy Seminar
Montreal
November 23, 1973.

Working Notes on ROLE OF AN INTERIM RECEIVER IN BANKRUPTCY

L. Claude Mercure, C.A.

TABLE OF CONTENTS

ROLE OF AN INTERIM RECEIVER IN BANKRUPTCY

		Page
I	INTRODUCTION	1
II	GROUNDS OF APPOINTMENT	6
III	NOTICE OF APPLICATION TO THE DEBTOR	10
IV	PETITIONER'S UNDERTAKING AS TO DAMAGES	11
V	FUNCTIONS AND DUTIES OF THE INTERIM RECEIVER	11
VI	LIABILITY OF INTERIM RECEIVER	16
VII	REMUNERATION OF THE INTERIM RECEIVER	17

ROLE OF AN INTERIM RECEIVER IN BANKRUPTCY

I. Introduction

A receiver is a person appointed at the instance of a party to receive or collect rents, issues and profits to which another is legally entitled. He may and is often required to protect and preserve the property out of which he is to receive or collect the rents and other payments. He is appointed either by the court or out of court, by individuals or corporations. In the first case, he is an officer of the court, deriving his authority from the court; in the second, he is an agent of the parties and has such powers, duties and liabilities as are defined by the instrument or statute under which he is appointed, and derive from the general law of agency.

Most commonly, out of court appointments occur under a mortgage or trust deed; the mortgagee or trustee is often granted the power to appoint a receiver in certain specified events, such as default of the mortgagor or the company on its loan or bond, or where the property over which the creditor is given a security or charge is in jeopardy. Generally the powers given by the deeds or other instruments are wider than those given in the Judicature Act or similar legislation in force in the provinces. [1]

The Court has inherent equitable jurisdiction to appoint a receiver where a party in an action requests it. This may be done where the plaintiff has no right conferred by agreement to appoint a receiver, and may be sought even where other parties who are so

---

1. See the Statutes cited below. In the Ontario Business Corporations Act, RS 1970, c.53, s.61 there is a prohibition on the appointment of the trustee under any deed as a receiver, receiver manager or liquidator of the company. The powers and functions of receivers are not regulated.

entitled have already appointed one. The Superior Courts of every province have statutory jurisdiction to appoint a receiver by an interlocutory order in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so. [1] The Court with bankruptcy jurisdiction has statutory power to appoint an Interim Receiver; this power is contained in sections 28 (1) and 29 (1) of the Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, C.B.-3.

---

1. Québec - Civil Code - Sections 1817 & following
   B.C. - Laws Declaratory Act, RS 1960, c.213, s.2 (am. 1964, c.27)
   Alta. - Judicature Act, RS 1970, c.19, s.34(9)
   Sask. - Queen's Bench Act, RS 1965, c.73, s.45 para. 8
   Man. - Court of Queen's Bench Act, RS 1970, c.C-28, s.59(1)
   Ont. - Judicature Act, RS 1970, c.228, s.19(1)
   N.S. - Supreme Court Rules, rr 15a-22
   N.B. - Judicature Act, RS 1952, c.120, s.35
   Nfd. - Judicature Act, RS 1970 c.187, s.21(m)
   PEI. - While there is no provision in the Judicature Act, by the Chancery Act, RS 1951, c.21 the Court of Chancery (ss 2 and 3) has the like powers and authorities exercised by the Master of the Rolls of England at the passing of 11 Vic. c.6. Therefore the jurisdiction to appoint a receiver under the practice of England at that time still remains. Only in P.E.I. a separate Court of Chancery still exists.

S. 28 (1):

"The court may, if it is shown to be necessary for the protection of the estate, at any time after the filing of a petition and before a receiving order is made appoint a licensed trustee as interim receiver of the property of the debtor or any part thereof..."

S.29 (1):

"The court may, at any time after the filing of a proposal under Section 42, appoint the trustee under the proposal or another trustee, or the trustee under the proposal and another trustee jointly, as interim receiver of all or any part of the property of the debtor..."

S.30:

"Section(s)... 28 (1)... do(es) not apply to individuals engaged solely in fishing, farming or the tillage of soil or to any individual who works for wages, salary, commission or hire at a rate of compensation not exceeding twenty-five hundred dollars per year and who does not on his own account carry on business."

It will be seen from the foregoing provisions of the Bankruptcy Act that an appointment under section 28 (1) can be made by the court at the instance of the petitioning creditor. Under section 29(1), in the case of proposals, the trustee named in the proposal may apply to be appointed interim receiver, and any other creditor who is affected by the filing of proposal may also make a similar application. Although

the Bankruptcy Court has been vested with equitable jurisdiction, by s.153, unless an application is before it the Court will not of its own motion appoint an interim receiver: See s.29(3) of the Act.

The appointment by the Bankruptcy Court of an interim receiver (or of a trustee after a receiving order is made) may affect the appointment of receivers previously made either by the parties entitled under a deed or instrument or by a non-bankruptcy court at the instance of a party in an action. In Laval Transport Inc. v Chartré (1957) Que. Q.B. 263 (CA) the company had defaulted on its obligation to pay interest on bonds, and the trustee for bondholders notified the company that the full amount due on the bonds was owing, and put it en demeure to hand over all assets. On the same day a petition in bankruptcy was presented by another creditor of the company. An interim receiver was appointed, but the hearing of the petition which was contested was referred to a judge. The interim receiver was authorized by judgment, "to take possession of the assets of the debtor, and to operate its business, but such possession and authorization shall be limited to acts of a conservatory nature only without the right to transfer or dispose of any of the debtor's franchises." The bondholders' trustee then served a petition, returnable before a judge exercising bankruptcy jurisdiction, for an order permitting the trustee to take possession of the assets of the company, and requiring the interim receiver to deliver them. The company contended that this petition should not be disposed of until after the company had been adjudged bankrupt, and that, until that adjudication, the trustee's only remedy was by action in the ordinary civil courts. The trial judge ruled that the trustee's petition should be disposed of first, and granted it. On appeal the judgment was affirmed. The appeal court held that it would not interfere with the discretion of the trial judge in determining which matter should be considered first. The trustee was clearly entitled to proceed as he had done against the interim receiver because he had been put in possession (although only temporary) of all the

assets of the company. The company which retained ownership until that time had been made party and its rights had therefore not been prejudiced. The proposed procedure, in the case of the interim receiver was by petition according to the Bankruptcy Rules and not by the procedure required in ordinary civil courts.

Similarly, the appointment by the bankruptcy court may affect the rights of persons interested in the property of the bankrupt, or of the debtor under a proposal, and the question is whether in the first situation the prior appointments are discharged and in the second situation, where no receiver had previously been appointed, whether the interested person, usually the mortgagee who is entitled to possession of property charge ahead of the interim receiver, is dispossessed.

It has been held in a number of English cases, that a receiver appointed by the court can only be discharged by a court order unless the appointment was for a limited time, and even though subsequent circumstances may have rendered the appointment nugatory. For instance, where the debtor becomes bankrupt, or the company goes into liquidation subsequently, the bankruptcy or liquidation does not operate as a discharge of the court appointed receiver: See, Skip v. Harwood (1747) 3 Atk. 564; Taylor v. Eckersley (1877) 5 Ch.D. 740; Deacon v. Arden (1880) 50 L.T. 584; Re Joshua Stubbs Ltd.; Barney & Joshua Stubbs Ltd. (1891) 1 Ch. 475 (C.A.). But the agency of a receiver appointed out of court by the parties was held to be determined in Thomas & Todd (1926) 2 K.B. 511. In Re Parker & Parker, Ex p. Official Receiver (1884) 1 Morr. 39, however, the court decided that the statutory power conferred on a court of bankruptcy of staying any action against the property or person of the debtor implied a power to discharge a receiver appointed in the action.

With respect to third parties who have a security or charge on the property of the debtor, their rights are not affected by the appointment of a receiver but if they are not in possession of the property, since the right to possession and control is vested by the court in the interim receiver, they would be unable to assert their rights without leave of the court, unless the order expressly excludes such property or is made without prejudice to their rights. As David E. Baird in his leading article in 13 C.B.R. (N.S.) 209 points out at 215, where a third party is clearly entitled to possession, it is advisable for an interim receiver to surrender possession.

II. Grounds of Appointment

Sections 28 (1) and 29 (3) (a) of the Bankruptcy Act provide that the court may appoint an interim receiver "when it is shown to the court to be necessary for the protection of the estate of the debtor;" but in the case of a proposal filed by an insolvent person under s.42, the court may also appoint an interim receiver "when at least five per cent of the unsecured creditors representing not less than twenty-five per cent of the unsecured creditors in value, request it." (s.29 (3)(b)).

What facts would satisfy the court that the requisite "necessity" under ss. 28(1) and 29(3)(a) is present? Since the determination of "necessity" involves a question of discretion, it is inevitable that practice in this respect should differ from district to district. There are few cases in Canada that have shed any light on this subject. They are discussed in David Baird's valuable paper cited above, and much of what is stated here is based on that paper.

In exercising its discretion the court should be satisfied that the existence of necessity outweighs any possible harm to the debtor's or insolvent's business by virtue of the publicity that attends the appointment of an interim receiver. Is it justifiable from the facts sworn in the affidavit presented to the court that the court should deprive the debtor of his possession and control of property and put it in the hands of a receiver? Is the harm to the debtor of such magnitude as to cause irreparable injury should the bankruptcy petition be dismissed at a later date? Few would deny that where a bankrupt has absconded or where a prima facie case of fraud is shown an interim receiver should be appointed. In Re Rosenstein (1921) 1 C.B.R. 393 (Que.) the court appointed a receiver where the creditor alleged and established that the debtor had secreted, was secreting and attempting to secret his property with intent to defraud his creditors. In Re Xenos (1920) 1 C.B.R. 470 (Que.) where the petition alleged that it was impossible to serve the bankruptcy petition on the debtor as the debtor abandoned his place of business in Montreal and had no known domicile in the province of Quebec, a receiver was appointed. And in Re Weiss & Co.; Ex p. Brandram Henderson Ltd (1925) 5 C.B.R. 384 (Que.) a petition alleging fraud by the debtor was accepted; the evidence showed that all the company's asset had been sold and transferred by an officer of the company using his individual name without any resolution of the directors of the company and without complying with the Bulk Sales Act.

It is insufficient to allege in an affidavit in support of a petition for the appointment of an interim receiver that in the opinion of the petitioner there are good reasons to believe that the debtor would dissipate his assets; the petitioner must disclose the grounds on which the belief is based: Re Hyslop (1925) 7 C.B.R. 101 (Ont.); Létourneux Fils & Cie v. Panneton (1925) 5 C.B.R. 551 (Qué.) Re Goody Shoppe (1925) 7 C.B.R. 560 (Que.). It is flagrant abuse of the court

process if the petitioner misstates the facts or conceals them to get an order appointing a receiver: Re Borts Ltd (1927) 8 C.B.R. 536 (Ont.). Thus where the petitioning creditor's claim was not a liquidated one and no fraud of debtor proved, the court in Re Dragon & Co. (1928) 10 C.B.R. 237 (Que.) dismissed the petition. And where the evidence showed that the debtor was in a stable financial condition, that he had no intention of leaving Canada and that on the contrary he had rented a house and paid the rent for six months in advance, the court dismissed the creditor's petition: Re Vigneault & Peck & Co. (1924) 5 C.B.R. 141 (Que.). On the other hand, the creditor in Re Cape Breton Cash Store (1929) 10 C.B.R. 353 (N.S.) swore that the debtor committed various acts of bankruptcy and that the debtor's manager was unconcerned with the interest of the creditors of the estate, and his petition was granted.

In deciding on whether or not to apply to the court for appointment of an interim receiver, the creditor or the trustee of the proposal should consider the type of business the debtor is engaged in. If large cash transactions are involved or significant inventories are handled, such as in the case of a retail merchant, if an interim receiver is not appointed there is danger of theft or of appropriation by landlords and other creditors. Books and records may disappear and make difficult, if not impossible, the recovery of preferences and accounts receivable; cheques forwarded by debtors of the bankrupt may be misplaced or lost. Even though assets misappropriated may be recovered, the legal and other costs expended to effect such recovery may far exceed any compensation paid to a receiver.

The amount and value of assets to be protected is therefore an important consideration. But in many cases if they are already subject to a charge in favour of secured creditors who have asserted their rights

or appointed their own receiver, it is unwise to have an interim receiver. Economy is very essential. There should be sufficient "free" assets which if not protected are likely to disappear. Essentially, the determination that must be made in each case is whether the added cost incurred by the appointment of a receiver is justified in terms of existing circumstances and the probability of harm that may result if a receiver is not appointed.

Other matters which the applicant for interim receivership should consider are:

a) The previous conduct of the debtor - as stated earlier, if the debtor or parties privy with him have so managed their affairs as to indicate that creditors were being prejudiced by their acts, the court will readily grant the petition: See the cases cited at pp. 7 & 8 and the case of Re Canadian Coal Supply; Ex p. Staples & Bell Inc. (1924) 4 C.B.R. 577 (Ont.). In the latter case the registrar had granted an order ex parte appointing a receiver upon the ground that the debtor refused to divulge what property she had or where it was located, and there was also prima facie evidence of insolvency. But there was no evidence of fraudulent disposition nor any changes in the method of her business, nor of any threat to do anything other than what she swore had been her custom ever since she commenced to do business. The debtor's appeal was dismissed by Fisher J. but he doubted whether the Registrar was right in granting the order on the material filed with and evidence before him; in the oral testimony during the appeal it was however shown that the debtor had deliberately removed valuable books and papers used in connection with her business and she refused to give any information relative to the property, and Fisher J. felt that the court was justified in refusing to rescind the appointment.

b) The insolvency of the debtor: - if the evidence of the insolvency of the debtor is strong, there is less need to worry in respect of the appointment, since in the end a receiving order will be made.

c) Whether the debtor will defend the petition: - if the petitioner knows that the debtor is likely to oppose the appointment of a receiver, the problems will be greater as that would lead to additional legal expenses and delays. If there are insufficient funds in the estate, the petitioning creditor may be liable for the costs of the interim receiver, and if the receiving order is not granted the petitioning creditor may be responsible for all the costs.

III. Notice of Application to the Debtor:

The application for the appointment of an interim receiver can be made without notice to the debtor: Bankruptcy Rule 74. However, prior to adjudication on the petition of bankruptcy, in the absence of consent by the debtor, it is a serious matter to deny him an opportunity to be heard, since without notice to him the possession and control of the property will be placed in the hands of the interim receiver. In some exceptional cases, e.g. where he has absconded, there is little point in giving him notice. Rule 74 states that the Court may adjourn the hearing of the application and direct that notice of the hearing shall be given to any party it sees fit. An application may be made to the Registrar of the Bankruptcy Court as he is authorized by Section 162 (1)(e) of the Act to hear ex parte matters and to make interim orders in case of urgency. The form of the order appointing the interim receiver is provided in Form 28 of the Bankruptcy Forms.

IV. Petitioner's Undertaking as to Damages:

In every case of the appointment of an interim receiver the petitioning creditor must give an undertaking to the Court that he will be responsible in the event that the debtor has sustained damage as a result of the appointment. (See Form 28 of the Bankruptcy Forms). Under Rule 75 of the Bankruptcy Rules, when a petition is dismissed, the Court may award damages against the petitioning creditor for any loss or other claim arising out of the appointment of an interim receiver. The probable damages are very difficult to measure in advance, as they are in the nature of loss of business or damage to reputation of the debtor. A debtor who has been losing money or already insolvent has very little to complain about, but the undertaking is very important where the petitioner's application was not well founded in spite of the prima facie case made out at the hearing, and the debtor's business is seriously affected. In the case of Re Stuart & Sutterby (1929) 11 C.B.R. 1 (Ont.) reversed on other grounds 11 C.B.R. 279, which was affirmed 12 C.B.R. 267, the Registrar held that where an interim receiving order was subsequently set aside as having been obtained on material both incorrect and untrue, and, later, the petition for a receiving order was dismissed, the debtor was entitled to damages for actual loss suffered and to punitive damages arising from the occupancy of the interim receiver and by reason of unwarranted interference with the legitimate business of the debtor.

V. Functions and Duties of the Interim Receiver:

As stated above, the order appointing an interim receiver has the effect of depriving the debtor of any legal control he had hitherto exercised over his property. It even prevents him from bringing an action to recover money without the consent of the interim receiver: Dubnitsky v. Sun Life Assurance Co. (1940) 22 C.B.R. 431 (Que).

Section 49 stays all proceedings against the debtor when he has filed a proposal or upon his bankruptcy, until the trustee has been discharged or until the proposal has been refused, unless with leave of the Court and on such terms as the Court may impose. The rights of secured creditors are saved by subsection 2 of that section. In Re D.W. McIntosh Ltd., Trustee v. Royal Bank (1940) 21 C.B.R. 469 (Ont.) the Court held that where the bank had notice of the appointment of the interim receiver, it could not set off or apply the money paid into the debtor's account against his indebtedness. In Westlake v. Martin (1930) 11 C.B.R. 469 the Ontario Court of Appeal held that the making of an order appointing an interim receiver had the effect of fixing a chattel mortgage which operated as a floating charge, hence an interim receiver who disposed of chattels covered by the chattel mortgage exceeded his authority.

Section 28(1) of the Bankruptcy Act, states that the Court may direct the interim receiver to take immediate possession of the debtor's property or of any part thereof upon such undertaking being given by the petitioner as the Court may impose as to interference with the debtor's legal rights and as to damages in the event of the petition being dismissed. Under section 28(2) the interim receiver may,

> "Under the direction of the Court, take conservatory measures and summarily dispose of property that is perishable or likely to depreciate in value and exercise such control over the business of the debtor as the Court deems advisable, but the interim receiver shall not unduly interfere with the debtor in the carrying on of his business except as may be necessary for such conservatory purposes or to comply with the order of the Court."

An interim receiver appointed under Section 29 (following upon a proposal) has the same powers.

The above provisions lay down the functions and duties of the interim receiver. One of his first tasks is to take immediate possession of the debtor's moveable property. This would require a change of locks to prevent the debtor from secreting the property; but as the section states that there should be no undue interference with his business, the debtor should be allowed easy access, under supervision, to any of the premises controlled by the interim receiver. The receiver is primarily a conservator of assets and in a non-operating business he is solely that. He is a temporary custodian or caretaker: Re Soren Bros. (No. 2) (1926) 7 C.B.R. 545 (Ont.). He may and usually does have agents to help him in fulfilling his trust, such as inventory takers, clerical assistants etc. as may be needed. The receiver should also take possession of books and records of the bankrupt. As a custodian he cannot remove them or any other property: see Re Canadian Coal Supply; Ex p. Staples & Bell Inc., supra.

An interim receiver has no title to the property in his control, as does a trustee; section 50(5) vesting property in the trustee does not apply to an interim receiver. Therefore, without an order of the Court he has no right to sell property. Section 28(2) empowers the Court to authorize a sale where the property is of a perishable nature or is likely to depreciate in value, and a sale under Court authority is valid and would protect a person purchasing from the interim receiver. He has no right to sell property covered by chattel mortgage just as the debtor does not have any such right. In Westlake v. Martin (supra) the Court held that an interim receiver would be exceeding his authority and would be liable to account, if he disposed of mortgaged property. There is no distinction between an interim receiver appointed in bankruptcy and one appointed in other matters by the Court, unless the Bankruptcy Act otherwise provides; each is personally liable to individuals

dealing with him in respect of liabilities incurred or contracts entered into by him in carrying on the business unless the express terms of the contract exclude, as they may do, any personal liability: Re Smith & Son; Smith v Tew, Hays v. Tew (1929) 10 C.B.R. 393 (Ont.). Therefore, the interim receiver must protect himself. He has a right to be indemnified out of the assets in respect of such payments as he has made in discharge of liabilities incurred. But, he is not personally liable on contracts not entered into by him, nor is he liable to pay rent under a lease made by the debtor; it was held in Re Soren Bros. (No. 2) (supra), that an interim receiver who obeys a Court order requiring him to take possession of the premises in order to protect the property, does not incur personal liability to pay rent on that account alone. If he chooses to enter into any personal contract in respect of the demised premises he cannot escape liability.

A difficult question to be determined is how far the interim receiver should control the business of the debtor. The order appointing interim receiver directs him to take immediate possession of the debtor's property and control receipts and disbursements thereof but otherwise not to interfere with the carrying on of debtor's business. Should the interim receiver pay the claims of a creditor? In Re Diegal; Ex p.McLeod Milling Co. (1932) 14 C.B.R. 151 (Ont.) the Court held that the custodian of a bankrupt's estate has no power to determine or pay the claims of creditors. The Court may in some cases authorize him to pay such claims where it can be shown that the business might be seriously interfered with if not ruined. The facts in each case are very important: Re Canadian Supply Co. Ex p. Staples & Bell Inc. (supra). The interim receiver may generally pay the continuing expenses such as telephone, hydro and water, as also the current rent; even though no liability attaches as to rent, David Baird suggests that as the Court may grant leave to the

landlords to proceed with distress, it may save costs if rent is paid.

The interim receiver has no greater rights to any accounts receivable than the debtor had. If garnishee proceedings are taken and money paid into Court, the judgment creditor is entitled to have the money paid in court to be paid out to him even if a petition in bankruptcy has been filed and an interim receiver appointed: Arthur C. Weeks Ltd. v. B.C. Contract Sales Ltd. (1961) 3 C.B.R. (N.S.) 47 (B.C.). Similarly, as the stay of proceedings contemplated by section 50 are in respect of claims provable, debts contracted after the receiving order or assignment not being provable debts, no leave is required to sue a bankrupt for such after-incurred debts: Rud v. Vachon 40 Que. P.R. 371; Schwartz v Boutarajac (1943) 25 C.B.R. 33 (Que.); Re Gadbois, Perras & Lamarre (1944) 26 C.B.R. 97 (Qué.); Greenfield Park Lbr. & Bldrs' Supplies Ltd. v. Zikman, (1968) 12 C.B.R. (NS) 115 Qué.)

The Bankruptcy Act confers certain powers on the interim receiver in carrying on the affairs of the debtor. By section 15(1) he may with the permission of the Court make advances, incur obligations, borrow money and give security on the property of the debtor. If authorized to carry on the debtor's business, the interim receiver is deemed to be a person engaged in the class of business previously carried on by the debtor for the purpose of giving security under Section 88 of the Bank Act: Section 15(2). The power to borrow is very useful as the business would otherwise come to a standstill in many cases. The interim receiver in order to stay in business for the very short period contemplated by the Act and for his own future credit-worthiness, should meet the obligations he has undertaken. The order appointing him or granting him power to borrow usually provides that the interim receiver's fees are to be paid in priority to the repayment of the loan, and the interim receiver's certificate usually relieves him of personal liability.

VI. Liability of Interim Receiver:

The personal liability of the interim receiver has been touched upon to some extent in the foregoing pages dealing with the functions of his office. If the interim receiver enters into contracts personally, he is liable thereon to third parties unless he has limited his personal liability thereon. He is entitled to indemnity out of the debtor's assets for obligation properly incurred.

The interim receiver is liable to account for all moneys that come into his hands, or that might have come into his hands but for his own negligence or default. If money for which he is answerable does not reach its proper destination, the receiver will be compelled to make good the loss unless he can show that he has acted with perfect regularity and has used such a degree of prudence as would be expected from a private individual in relation to his own affairs: White v. Baugh (1835) 3 Cl. & Fin. 44, H.L. at p. 59. An interim receiver is also liable for loss occasioned by parting with the control of the property or by willful neglect to carry out the orders of the court or by placing money in what he knows to be improper hands and for any loss to which his own fraud or collusion has contributed. So also a receiver may be personally liable for acts in excess of his authority; e.g. for taking possession of property not included in the assets which he has been appointed to collect. He may be ordered to pay out of his own pocket costs incurred by reason of his misconduct or neglect in the discharge of his duties.

An interim receiver is not answerable for trading losses where he has been authorized to carry on business, if he has acted in accordance with the Court's directions.

The interim receiver must manage the property in accordance with the various provincial and federal statutes that govern the responsibility of a person carrying on business, such as Factories' Acts, Food & Drug Acts, Income Tax Acts, Purchase Tax Acts, etc. He may have to observe agreements with trade unions and other bodies regulating the conditions of employment of work people. It is therefore essential for a receiver when concerned in carrying on a business to obtain expert advice from persons experienced in similar business. He must obtain court authorization before undertaking any responsibility that does not clearly fall within the powers already granted to him.

The undertaking required to be given by the petitioning creditor under Section 28(1), does not absolve the interim receiver from his obligations and personal liability, whether to the creditor on whose petition he has been appointed or to the debtor himself.

VII. Remuneration of the Interim Receiver

The Bankruptcy Act is silent on the question of an interim receiver's remuneration. For his services he is entitled to be paid. David Baird points out[1] that in the only reported case he could find fixing the remuneration of the interim receiver, he was paid on the basis of a percentage of the gross amount of his receipts and the percentage used depended on the care and trouble involved: Re George Coles Ltd. (1940) 21 C.B.R. 289. This contrasts with the elaborate provisions made by the Act and the Rules for fixing the remuneration of a trustee. In practice, the interim receiver is often appointed trustee of the estate when a receiving order is made, and the Court has in several cases suggested that this is desirable: See Re Continental Record Co. (1966) 8 C.B.R. (N.S.) 73 (Ont.) and comment at pages 73-74. It has been held that an interim receiver is entitled to be paid in priority over the trustee's fees and disbursements under Section 107 (1)(b); this is discussed in the paper on Priorities, at pages 6-10 , presented to the Seminar.

---

1. 13 C.B.R. (NS) 209 at 216

Bankruptcy Seminar
Montreal
November 23, 1973.

HIGHLIGHTS OF THE ROLES OF THE TRUSTEE, DEBTOR AND CREDITORS IN BANKRUPT ESTATES

Melvin C. Zwaig, C.A.

HIGHLIGHTS OF THE ROLES OF THE TRUSTEE, DEBTOR AND CREDITORS IN BANKRUPT ESTATES

TABLE OF CONTENTS

	Page
Introduction	1
Trustees and Debtors	1
1. Taking possession and making an inventory	2
(a) Property of the bankrupt in the hands of other parties	7
(b) Property of the bankrupt in transit	8
(i) Stoppage in transit	8
(ii) Right of dissolution of or resiliation of sale in Quebec	9
(iii) Right of trustee to intercept and seize goods and to discover concealed property	10
(c) After acquired property	10
(d) Property located abroad	11
(e) Making an inventory	12
(1) Goods delivered to the bankrupt on approval	14
(2) Goods leased to the bankrupt	14
(3) Goods sold under conditional sales agreement	14
(4) Goods on consignment in possession of bankrupt	15
(5) Thirty-day goods - Province of Quebec	15
(6) Goods in transit	15
(7) Property sold by the bankrupt	15
(8) Property subject to security held by a creditor	16
(9) Trust property	16
(10) Interests defeasible on bankruptcy	17
(11) Property exempt from execution or seizure	18
(12) Life insurance policies	18
(f) Pricing of inventory	18

Page

2. Reports required from trustees and debtors in a bankruptcy 19
   (a) Debtor's Statement of Affairs 20
   (b) Preliminary Report to the Creditors 20
   (c) Periodic Reports to Creditors etc. 20
   (d) Reports under ss. 140 and 141 20
   (e) Final Statement of Receipts and Disbursements 20

3. Disclosure of offences and criminal proceedings 26

4. Conflict of Interests 27

Inspectors in Bankrupt Estates 37

1. Appointment of Inspectors 38

2. Position of Inspectors 38

3. Duties and Responsibilities 39
   (a) General 39
   (b) Supervision 41
      (i) General 41
      (ii) Access to information 41
      (iii) Specific responsibilities 41
   (c) Action 43
      (i) Meetings 43
      (ii) Inspectors' decisions 43
      (iii) Inspectors' input 44
      (iv) Sales of Assets 44

HIGHLIGHTS OF THE ROLES OF THE TRUSTEE, DEBTOR AND CREDITORS IN BANKRUPT ESTATES

INTRODUCTION

The bankruptcy milieu might be regarded as consisting of sets of interlocking checks and counterchecks in which the court, trustees, inspectors, creditors, debtors and various statutory authorities act and react with each other.

The system aims at regulating the rights, duties and obligations as between the interested parties within the framework of various federal and provincial statutes. This paper explores several aspects of the roles of the trustee and debtor, as well as the creditors.

Trustees and Debtors

The trustee's initial steps in the administration of a bankrupt estate are the taking of control of all known property in the possession of or belonging to the bankrupt and the making of an inventory thereof. The trustee must exercise skill and caution in handling the assets which have been entrusted to him. Furthermore, in administering the bankrupt's affairs, the trustee may be privy to information which he is required by law and in the course of good administration to disclose, such as suspected offences both prior to and during the term of bankruptcy, conduct of the debtor in assisting the trustee realize the maximum for the creditors, the assistance or lack thereof, etc.

This paper discusses the following aspects of the trustee's role, including as appropriate, the interaction of the debtor:

1. Taking possession and making an inventory;
2. Reports required from trustees and debtors in a bankruptcy;

3. Disclosure of offences and criminal proceedings;

4. Conflict of interests.

1. TAKING POSSESSION AND MAKING AN INVENTORY

The trustee, after being duly appointed, either by judgment for Receiving Order or an assignment in bankruptcy, must take possession of all the books, records, documents and deeds of the bankrupt. He must also take possession of the bankrupt's property in whatever form or wherever situated or in whosoever's hands it is located and take an inventory thereof. Section 12(2) of the Bankruptcy Act states the following terms:-

Section 12(2)

> "The trustee shall, as soon as may be, take possession of the deeds, books, records and documents and all property of the bankrupt and make an inventory, and for the purpose of making an inventory the trustee is entitled to enter upon any premises on which the books, records, documents or property of the bankrupt may be, notwithstanding that they may be in the possession of a sheriff, a secured creditor, or other claimant thereto."

By Section 12(4)

> "no person is, as against the trustee, entitled to withhold possession of the books of account belonging to the bankrupt or any papers or documents relating to the accounts or to any trade dealings of the bankrupt or to set up any lien thereon."

Section 2 defines "property" as follows:-

> "property: includes money, goods, things in action, land, and every description of property, whether real or personal, movable or immovable, legal or equitable, and whether situate in Canada or elsewhere and includes obligation, easements and every description of estate, interest and profit, present or future vested or contingent, in, arising out of, or incident to property."

Without in any way limiting the generality of taking control, the trustee should:

(1) Make a detailed inventory of the assets of the bankrupt, showing, where available, cost or book values; with the assistance of the bankrupt and outside experts, estimated realizable values should be obtained and listed. An example of an inventory listing is included with this chapter as Appendix "A";

(2) Arrange for the proper security and locking of the bankrupt's premises;

(3) Arrange for a re-direction of mail;

(4) Arrange for immediate disposition of perishable assets, and if necessary carry on the business of the bankrupt until the first meeting of creditors;

(5) Arrange for the inspection and preservation of bankrupt's assets which may be in possession of third parties;

(6) Arrange for the registration of the trustee's appointment against real estate;

(7) Arrange for an examination of furniture, effects and tools which are exempt from seizure under the provincial laws;

(8) Advise bank to stop payment of cheques;

(9) Arrange for insurance coverage of the bankrupt's premises and assets included therein;

(10) Control documentation and delivery of all goods received after taking possession.

The trustee, by virtue of his appointment as well as capacity, has a legal right to all the property of the bankrupt wherever situated at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before discharge, and "such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit." (S.47(c),(d)) Such property forthwith passes to and vests in the trustee, subject to the other provisions of the Act and subject to the rights of secured creditors: S.50(5) The principal cases where the property does not vest in the trustee are:

Section 47

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person

(b) property that under provincial laws is exempt as against the bankrupt from execution or seizure.

Section 51(1)

A purchaser who in good faith purchases from the sheriff at a sale, acquires a good title as against the trustee.

Section 53

A bona fide purchaser or mortgagee for adequate valuable consideration who buys real or immovable property affected by a receiving order or an assignment, gets a valid title unless the receiving order or assignment, or notice thereof, or caution, has been registered against the property in the proper office prior to the registration of the title of the purchaser or of the mortgagee.

In addition, certain property that is in the possession of the bankrupt does not vest in the trustee, such as a gratuitous bailee, without any right of lien or charge as against its owner; or as a lessee or hirer; and property in his possession as a buyer under a conditional sale or similar contract and over which he has under the contract or at law no equitable claim for moneys paid out by him.

The Act directs all persons holding the documents, deeds, books and records or other property of the bankrupt, which they are not entitled by law to retain as against the bankrupt or the trustee, to surrender the same to the trustee (S.12(5)), and where such property is held by a sheriff or other officer of any court or by any other person, under execution or attachment or any other process, or under seizure for rent or taxes, such person is required to deliver the property forthwith to the trustee upon receiving a copy of the receiving order or the assignment; and if the property has been sold, proceeds of the sale less certain costs, must be paid to the trustee (S.51(2),(3),(4)). For the purpose of

acquisition or retention of the property of the bankrupt, the trustee is deemed to be a receiver appointed by the court, and the court may on his application enforce such acquisition or retention by the trustee (S.12(3)). These provisions are supplementary to the general provisions of S.50(1) which state that a receiving order or assignment takes precedence over all judicial or other attachments, garnishments, etc. "except such as have been completely executed by payment to the creditor or his agent, and except also the rights of a secured creditor."

The financial statements, the books of account, contracts, inventory records and audited financial statements can serve as the starting point in determining what property the bankrupt has in his possession and/or control. The trustee should make adequate enquiries from all possible sources, including the bankrupt himself, employees, officers, accountants and auditors, in order to satisfy himself that he has taken control of all known assets.

The trustee, when authorized by an ordinary resolution of the creditors, or upon the written request or resolution of a majority of the inspectors, may examine before the registrar the bankrupt and any person reasonably thought to have knowledge of the affairs of the bankrupt. The trustee can require the production of books, documents, correspondence or papers for that examination in accordance with Section 133.

The Act prescribes duties on the bankrupt to cooperate in this respect, by Section 129 (Section 130 in the case of corporations). Failure to comply with Section 129 duties is an offence, punishable under Section 169. In summary administrations, the trustee does not need an order of the court or a resoluton of the creditors to examine the bankrupt: In re Zalken (1960), 1 C.B.R. (N.S.) 168.

The power of examination given to the trustee under Sections 133 and 134 may be used to obtain information and/or documents. It has been held that even though the books and documents

or property referred to in Section 134 are the property of another person, the trustee is entitled to inspect the same: Re Nadon Paving Ltd.; Hoggan v. Symes (1967) 10 C.B.R. (N.S.) 57.

The trustee and inspectors should consult with an attorney in order to determine what action should be taken with regard to any reviewable transactions, transfers, conveyances and settlements made with the intent to prefer one creditor over all other creditors. Permission of the inspectors is needed in those matters under Section 14(1) although Section 12(8) enables the trustee to act prior to the inspectors' appointment. Also, Section 12(9) enables action in an emergency without the inspectors' authorization.

The trustee, immediately upon his appointment, must locate and take possession of the bankrupt's property regardless of where it is located. Section 12(6) of the Bankruptcy Act authorizes the trustee to act anywhere in Canada for the purpose of taking possession and realizing on the property of a bankrupt. The bankruptcy court having jurisdiction can call in aid the courts of any other province in obtaining property: In re Lagace and Lepinay (1923) 3 C.B.R. 124 (Que.).

The trustee, when taking possession, should employ the most efficient, effective and economical means possible. Where assets are located outside his immediate area, the trustee should use the services of trustees resident in that particular area to take control for him. Instructions should be written, and the referring trustee should ensure compliance with those instructions.

After taking possession of the physical assets, the trustee is required forthwith to insure the insurable property of the bankrupt as he deems advisable, until the inspectors are appointed, and thereafter the inspectors are to determine the amount for which and the hazards against which the property shall be insured by the trustee, Section 13(1).

The trustee should then take conservatory measures with a view to preserving or protecting the property, and, where the

property involved is perishable or likely to depreciate rapidly in value, he may summarily dispose of the same, in the interest of the estate: Section 12(7). This subsection also authorizes the trustee to carry on the business of the bankrupt if it is necessary in the interests of the estate, until the date fixed for the first meeting of the creditors; thereafter he can only do so if the inspectors authorize him: Section 14(1)(c).

(a) Property of the Bankrupt in the Hands of Other Parties:

Where the bankrupt has loaned his assets to others or sold them under conditional sale agreements, etc., the trustee is entitled to exercise every right the bankrupt had in demanding the return of such assets, or the due performance of their conditional sales contracts, etc. Provincial laws regulating such arrangements or contracts will apply and the trustee cannot unilaterally determine them but must wait until the bankrupt's rights crystallize. This includes assets, both tangible and intangible, held by third parties as security, pledge, pawn, etc., documents of title, copyrights, patents, share certificates, accounts receivable, etc., and also in the case of leasehold interests, the fixtures of the landlord or the tenant, as the case may be. Some of these items are specifically regulated by the Bankruptcy Act. Section 51(2) and (3) requires the sheriff to deliver the property of the bankrupt or the proceeds of the sale in his hands, after deducting his fees and the costs of a solicitor employed by the first execution creditor; Section 51(4) requires the bankrupt's landlord and the municipal or other body to deliver forthwith the property distrained by them for rent or taxes as the case may be; Section 57 provides that the trustee is entitled to inspect the property held by a third party as pledge, pawn or other security on giving written notice, and that thereafter the person so notified cannot realize his security until the trustee is given reasonable opportunity to inspect the property and exercise his right of redemption; Section 56 requires a banker where he has

ascertained that a person holding an account with him is an undischarged bankrupt to notify the trustee as to the existence of the account and not to make any payments out of that account without a court order or instruction from the trustee, unless the trustee gives no instruction within a month of such notification by the banker. Section 72 provides that any general assignment of book debts, except such as is registered in accordance with provincial legislation, is void as from the date of assignment, except those debts due or growing due on such date.

The trustee is given adequate powers by the Bankruptcy Act to recover property that a third person is not entitled to hold as against the bankrupt or against the trustee, including institution of proceedings; see Section 12(8),(9) (on his own initiative), Section 14(d),(e),(h) (with the permission of inspectors after they have been appointed), and Section 16 (on the directions of the court in other cases). It has been held in several cases that the trustee may properly proceed by notice of motion in the Bankruptcy Court for an order that the property be delivered and it is not necessary to bring an action: see In re Shur-Fit Costume Inc. 3 C.B.R. 664; In re Gilbert 4 C.B.R. 56; In re Binet 17 C.B.R. 131. This is so even if the property is in the hands of the Crown: Perodeau v. Perras 24 C.B.R. 194. The trustee is further entitled to proceed under Section 134 to require any person believed or suspected to have any property or books, documents, etc. belonging to the bankrupt or showing that he is indebted to the bankrupt, to deliver or produce the same to the trustee. See also Sections 135, 137, 158 and 159 which aid the trustee in discovering property in the hands of third parties.

(b) Property of the Bankrupt in Transit, etc.:

(i) Stoppage in transit

The trustee is entitled to exercise the right of a bankrupt vendor who has been unpaid where the goods are in

transit and have not been delivered to the buyer or the buyer's agent. This right has been regulated by provincial Sale of Goods Act and can be exercised only where the purchaser himself is insolvent. It resembles the right of dissolution of or resiliation of sale given by Article 1543 of the Civil Code (see below).

(ii) Right of Dissolution of or Resiliation of Sale in Quebec

In respect of sales of movables in Quebec, the seller who has not been paid by the purchaser has three rights under the Civil Code: (a) a right of resiliation of the sale; (b) a right to revendicate; and (c) a right of preference on the price of the article. These rights must be exercised within 30 days from the date of delivery of the thing sold.

It has been established by a long list of cases that the Bankruptcy Act has not deprived the unpaid vendor of his civil remedies: See In re Rosenzweig, 1 C.B.R. 385, affirmed 2 C.B.R. 255; In re Prima Skirt Co., 1 C.B.R. 438; In re Viscount Supply Co. Ltd., 3 C.B.R. (N.S.) 288, reversed on other grounds 4 C.B.R. (N.S.) 256 (Ont.). Re Iberville Furniture & Appliances Co. Ltd.; Grobstein v. Facto et al, 4 C.B.R. (N.S.) 36. The rights are lost where the vendor does not repudiate the contract within thirty days following the delivery of the goods: In re Canada Dress and Waist Mfg. Co., 3 C.B.R. (N.S.) 258; reversed on other grounds, 4 C.B.R. (N.S.) 256 (Ont.). In order to demand a dissolution of the sale, the thing sold must still be in the possession of the debtor and more than 30 days must not have elapsed since delivery: Re Beatrice Pines Ltd.; Vendome Knitting Mills Ltd. v. Lawrence 11 C.B.R. (N.S.) 26.

Where a Quebec seller sells goods outside that province the availability of the Civil Code remedies depends on the proper law of contract as applied by the courts. Where the contract was made for the sale of lumber f.o.b. Toronto, and delivery of lumber was made in Toronto and

the lumber was never in Quebec, it was held that the proper law to be applied was that of Ontario and the seller cannot take advantage of the Civil Code remedies: In re Viscount Supply Co. Ltd. et al. (1963) 4 C.B.R. (N.S.) 256 (Ont.). The provisions in the contract as to the proper law of the place will normally prevail. The above rights would normally be exercised by the trustee on behalf of the estate only where the buyer himself has gone into bankruptcy.

(iii) Right of Trustee to Intercept and Seize Goods and to Discover Concealed Property:

Section 54 prohibits the bankrupt from removing any property out of the province (where such property was situated at the date of bankruptcy) without the permission of the inspectors or an order of the court. This particularly applies to choses in action, such as shares, stocks and other securities, and to books, records, papers, documents and correspondence. The trustee is entitled to intercept any such removal and invoke for this purpose the assistance of the law enforcement agencies and of the courts in any province: see Section 158(2) and (3). Section 159 authorizes the court to issue warrants of search and seize and for that purpose may order "the breaking open any building or place where the bankrupt or any part of his property is believed to be". Section 138(1)(c) provides for the arrest of a bankrupt if "he is about to remove his property with a view to preventing or delaying possession being taken thereof by the trustee", or if there is probable ground for believing that he has concealed or about to conceal any of his property, books, records, etc.

(c) After Acquired Property:

The Act makes special provisions to the effect that any property acquired by the bankrupt, or devolving upon him, before his discharge, shall belong to the estate: Section 47(c).

Where the bankrupt is in receipt of salary or wages, or other remuneration from any person who employs him, or uses his services, Section 48 empowers the trustee, if directed by the creditors or inspectors, to compel payment of a part of such remuneration as the court may by order direct. The provisions of Section 48 must be complied with.

It is apparent from Section 77 that after acquired property vests in the trustee, but under that Section, if the bankrupt has disposed of it to a bona fide purchaser for value and the transaction is fully executed before the intervention of the trustee, the trustee's rights cease and his estate or interest in it is determined: See Firestone Tire & Rubber Co. v. Douglas 21 C.B.R. 343. It was held in Levis v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co. 9 C.B.R. (N.S.) 63, that until the trustee in bankruptcy intervenes an undischarged bankrupt is free to acquire property and alienate it at his will and he can maintain an action with respect to such property in his own name.

(d) Property Located Abroad:

The definition in Section 2 and Section 47 of the Act would cover property situated in Canada or elsewhere. Whether a foreign country in which the property is located will co-operate with the Canadian authorities in allowing the trustee to seize the property belonging to the bankrupt depends on the law of that country and the principles of private international law. Duncan and Honsberger, in their treatise, Bankruptcy in Canada, (p. 47) cite a number of English authorities which have held that the real estate or immovable property is exclusively subject to the laws of the country within whose territory it is situated. In Banco du Portugal v. Waddell (1880) 5 App. Cas. 161, the House of Lords held that a trustee under an English bankruptcy was entitled to administer movable property of a debtor wherever situated. This principle has been followed by courts in Canada to the extent that the rights of a foreign trustee to acquire and administer movable property

found in Canada have been recognized: See Williams v. Rice and Knitting Mills Ltd. (1926) 3 D.L.R. 225; 7 C.B.R. 699 (Man.); Bergerem v. Marsh (1921) B.& C.R. 195; Re Kooperman (1928) B.& C.R. 49. However where there are concurrent bankruptcies in different countries in which the debtor carried on business, an Ontario Court has held that each country should administer such assets as are within its jurisdiction: In re E. H. Clarke & Co., Trustee v. Royal Bank of Canada (1922) 3 C.B.R. 593 (Ont.). See further Duncan & Honsberger, at p. 311-312.

(e) Making an Inventory:

Having brought the property under control, the trustee is required to make an inventory. Goods purporting to belong to third parties would be inventoried separately, and when established, should later be delivered to the owners. It has been held that it is not enough to inform the owners that the goods are available with him: In re Cadieux 33 C.B.R. 15. Third parties are entitled to proceed with their claim to specific property under Section 59 of the Act; if they do not file a proof of claim within the time limited by Section 59(4), thetrustee is entitled to sell or dispose of the property, free of any lien, right, title or interest of those persons, but leave of the court must be obtained. Although goods of a perishable nature and those likely to depreciate rapidly in value may be disposed of summarily under Section 12(7), the trustee cannot dispose of property claimed by a third party except by an order of the courts.

An inventory has been defined as a detailed list of goods and chattels enumerating them with reasonable particularity according to the well-understood usage of businessmen: Witt v. Banner (1887) 20 Q.B.D. 114; Carpenter v. Dean (1889) 23 Q.B.D. 566. In the context of Section 12(2) it will include all assets, tangible and intangible, securities, bonds, negotiable instruments, documents of title, book debts, patents and trade marks, etc., and all other property compendiously defined by Section 2.

The size of the task of taking an inventory depends upon the type of assets involved, their value, volume and location. They may be in the form of machinery and equipment, fixtures and fittings, merchandise, both finished and unfinished (raw materials, work-in-progress, etc.), stores and supplies, vehicles, etc. The trustee should consider seriously whether or not he should employ agents to undertake the work at any or all locations. The bankrupt or his employees may be able to identify goods belonging to third parties, consignment goods, thirty-day goods, etc. and where possible, their assistance would be useful in inventory-taking. Section 14(b) empowers the trustee with the permission of the inspectors to employ the bankrupt to aid in the administration of the estate, and it is the duty of the bankrupt to "make or give all assistance within his power to the trustee in making an inventory of his assets" (Section 129(e)). The expenses of inventory, including the charges for stocktaking, and wages of persons employed for that purpose, are a legitimate expense of administration, and chargeable to the estate: In re Bryant Isard & Co. (1923) 4 C.B.R. 41 (Ont.).

A physical count of the inventory should take place, as far as possible simultaneously, in all locations. The risk of theft or fire should be covered by insurance, as provided under Section 13(1). Assets should be classified in accordance with nature components, e.g. Physical and Intangible assets. Physical assets may be shown as:

- machinery and equipment,
- furniture, fixtures and fittings,
- stores, supplies and sundry merchandise,
- vehicles, raw material and work-in-process, and
- finished goods.

The inventory should be specifically noted by serial number, size or other usual classification of the goods to allow identification by prospective purchasers.

Similarly every other kind of property, including documents of title thereto, must be inventoried in a systematic

way. Inventory sheets may be made available to possible purchasers, so that information on the sheets should be as complete as possible. Inventory sheets should be sequentially numbered, dated and initialled as correct by the person in charge of the inventory count. A summary sheet and index should be placed in front of the set of inventory sheets.

Property to be segregated

(1) Goods Delivered to the Bankrupt on Approval:

Where goods are delivered to the bankrupt on approval, title to them does not pass to the trustee, unless the time limited for their return has expired and the vendor had indicated that non-return of the goods would be equivalent to sale. In the latter case, the trustee is entitled to sell the goods, and the seller can claim only as an unsecured creditor: Re Tavens (1942) 23 C.B.R. 270; Ellis v. Sternberg's Trustee (1925) 5 C.B.R. 608.

(2) Goods Leased to the Bankrupt:

Goods leased to or hired by the bankrupt should be returned and the leasing contract terminated. Items leased with an option to purchase require further consideration since the bankrupt may have an equity in them.

(3) Goods Sold under Conditional Sales Agreement:

The Goods sold under such an agreement do not belong to the trustee, unless and until the purchase price is paid in full. The trustee is however entitled to take full advantage of the provisions of the provincial law regulating conditional sales contracts and especially those provisions which declare that non-registration of the contract renders it void as against the creditors of the buyer: See Section 50(6).

(4) Goods on Consignment in Possession of Bankrupt:

Where goods have been delivered to the bankrupt for sale on a consignment basis, the title in the goods does not pass to the trustee. The onus is on the party alleging a consignment agreement to prove it: In re Vitrerie Claveau Glass Inc.; Migneault & Fils Cie v. Archambault (1962) 3 C.B.R. (N.S.) 150 (Que.).

(5) Thirty-Day Goods - Province of Quebec:

This has been dealt with at page 9, and is particularly relevant in the bankruptcy of a buyer.

(6) Goods in Transit:

Again this has been dealt with at page 8, and is particularly relevant in the bankruptcy of a buyer. The problem will generally arise where documents of titles such as bills of lading and warehouse receipts are involved. If the seller has retained a right of delivery to himself or order and has not endorsed it on to the buyer, the property in the goods will not pass. Arrangements are often made by sellers to make the title documents available against cash through a bank and to send only one copy of the bill of lading to the buyer. There are various other arrangements and the trustee should seek competent legal advice.

(7) Property Sold by the Bankrupt:

Where the property has been sold by the bankrupt but is still in his possession, it does not belong to the trustee; a bona fide purchaser for value is protected provided that the title in the goods has already passed to the buyer in accordance with the provincial Sale of Goods legislation (by virtue of Section 50(6)), but where the property in the goods has not passed, the buyer can only claim as an unsecured creditor. This will also apply to merchandise sold on a lay-away plan; a lay-away buyer may however have a right to the payments made by him if

they were deposited in a trust fund, but not if they were not so deposited. See also Sections 75 and 78 and the discussion on after acquired property at p. 10 supra.

(8) Property Subject to Security Held by a Creditor:

The trustee is not entitled to dispose of the assets held by a creditor as security, as the Bankruptcy Act expressly saves all the rights of secured creditors. The special provisions made in the Act, enabling the trustee to apply to the court for an order staying realization of the security (see Section 49(2)) are intended to give the trustee an opportunity to examine the security and decide whether it is beneficial to redeem the security. A secured creditor is entitled to realize on his security without obtaining leave of court: See Re Leblanc; Cie Eagle Lbr. Ltée v. Rochon 11 C.B.R. (N.S.) 13.

The special provisions made with respect to book debts assigned by the debtor prior to bankruptcy should be noted. These are in Section 72 of the Act.

Sections 57 - 59 and 98 - 105 provide machinery whereby the trustee can demand full particulars as to the security held and the sale or redemption thereof. A secured creditor may himself serve notice on the trustee requiring him to elect whether or not he will exercise the power to redeem the security or requiring it to be realized: Section 101.

(9) Trust Property:

Property held by the bankrupt in trust for any other person or a debt due to the bankrupt as a trustee is not part of the bankrupt's estate: Section 47(a). In determining whether or not the property is held on trust, the ordinary law of trust will apply.

The difficulty in many cases is to identify the trust property as the bankrupt may have so dealt with it, by mixing it in with his own assets or by converting it to

his own use, that the assets are no longer in the form in which they were once held. In the case of money collected by the bankrupt, there are further difficulties. He may have pocketed the funds and used them without first depositing them into his bank account. The courts of equity have rendered justice in several situations, but where property or funds cannot be traced in any form, there may be no relief available to the beneficiary of the trust. The recent statutory provisions in the Canada Pension Plan Act, R.S.C. 1970, c. C-5, s.24(3) and (4) and the Quebec Income Tax Act, R.S. 1964, c. 69, s. 135, discussed in a separate paper (Order of Priorities), seem to be ingenious devices used for getting around these difficulties.

In the case of property that once belonged to the debtor and which he disposed of by way of a trust or settlement, and which he still has in his possession, the Bankruptcy Act makes special provisions. See Sections 69 - 71. It should be borne in mind that incompletely constituted trusts, such as those where the settlor (the bankrupt) reserves to himself a discretion or power of ultimate disposal, are not necessarily within the scope of these provisions, and the trustee can exercise the powers reserved by the bankrupt, in the interests of the estate. This is clear from Section 47(d) of the Act. The trustee is also entitled by Section 50(6) to avail himself of the substantive laws of the provinces in this area, as in others. Thus a gift made by the bankrupt, even when he was fully solvent, and even if there was cogent evidence, can be set aside for lack of compliance with the requirement of delivery and registration: See the Bills of Sale Acts of the various provinces on this point. Where the property is no longer in his possession, the trustee can avail himself of these powers to recapture it from third parties.

(10) Interests Defeasible on Bankruptcy:

In addition to the property excluded by Section 47(a)

and (b) there may be other property held or enjoyed by the debtor which does not pass to his trustee in bankruptcy. Thus, where another person confers a benefit on the debtor to enjoy the same until bankruptcy and then to another or to revert to himself, such benefit does not belong to the trustee. But the debtor cannot limit his own property to be enjoyed until bankruptcy in this way.

(11) Property Exempt from Execution or Seizure:

The various provincial laws giving the bankrupt an exemption from seizure or execution have been specifically saved from the operation of the Bankruptcy Act by Section 47(b). The trustee cannot sell such property.

(12) Life Insurance Policies:

Not all policies of insurance owned by the bankrupt will vest in the trustee. If the amount is payable to a beneficiary the provincial Insurance Acts formerly provided that there is a trust created in favour of such beneficiary, and as the bankrupt himself is not able to change the beneficiary, the trustee will not be in a better position. This was the position in respect of policies payable to preferred beneficiaries prior to 1960, the preferred beneficiaries being the spouse, children and those in close relationship to the assured. The legislation in common law provinces, which have uniform provisions in this area, has changed this system in respect of all policies effected after 1967, and must be consulted. The assured (debtor) has now greater freedome to change beneficiaries and to surrender the policy and the trustee is entitled to exercise that right.

(f) Pricing of Inventory

The pricing of the inventory comprises an integral part of the inventory count. The pricing should be done by the bankrupt working together with a representative from the trustee's office. The pricing should refer to current invoices or purchase contracts;

obsolete, slow-moving, scrap and damaged inventory should be examined in detail to ensure that it is not valued in excess of net realizable value.

Where the bankrupt has valued the inventory himself, the trustee should review and test the cost as follows:

"Inventory prices may be compared with the net realizable value (estimated selling prices less cost of completion and disposal) of individual or major groups of products. If inventories are priced at market, however, they should not be stated at less than net realizable value reduced by an allowance for an approximately normal profit margin. Consequently, the (trustee) need not determine the amount of inventory at reproduction or replacement costs when there is acceptable evidence that individual or groups of products, priced at cost, will be sold at prices which will yield normal profit margins. Acceptable evidence may consist of current and expected selling prices and sales orders as related to current costs." [1]

"Retail inventories: When a retail method of inventory accounting is used, the physical inventory is priced at retail and the totals are compared with the book inventory. Unusual shortages may require investigation to determine whether the retail method is functioning properly or excessive stealing is taking place." [2]

2. REPORTS REQUIRED OF TRUSTEES AND DEBTORS IN A BANKRUPTCY

The Bankruptcy Act requires the trustee to maintain proper books and records of his administration, to prepare or verify reports, which aim at presenting the history of the affairs of the bankrupt, the causes that led to his bankruptcy and the performance of the trustee in the administration of the estate.

Some of the specific reports required are as follows:

---

1. Montgomery's Auditing, p.228
2. Ibid. p.229

(a) The Statement of Affairs (Sections 12(10), 31(2), 129(d) and (Form 31 and 61)).

(b) Preliminary Report to the Creditors (see Section 80) and Bulletin 11 to Trustees.

(c) Periodic Reports to the Creditors (Section 13(9)).

(d) Reports under Sections 140 and 141 (Forms 83, 83A).

(e) Final Statement of Receipts and Disbursements and the Dividend Sheet (Section 13(11), Section 123), (Form 54).

(a) The Statement of Affairs:

The debtor making an assignment under Section 31 must file a Preliminary Statement of Affairs duly sworn in Form 31 followed by the detailed Statement of Affairs in Form 61, or file Form 61 immediately with the Official Receiver. The debtor adjudged bankrupt must also file Form 61 with the Official Receiver. It is the duty of the trustee to verify the bankrupt's statement of affairs: Section 12(10). In practice, the trustee usually presents these documents to the Official Receiver.

The verification of the Statement of Affairs is the first step in marshalling the assets by the trustee. The assets should have already vested in the trustee by virtue of Section 50(5). The Statement of Affairs is a sworn declaration and an accounting by the debtor to his creditors. The trustee is required by Section 13(11) to file true copies of the Statement of Affairs with the Superintendent of Bankruptcy and the Dominion Statistician.

In his verification the trustee will determine whether material omissions or errors were made by the debtor in this declaration and differentiate between innocent and honest mistakes and the deliberate concealing of information and assets.

Where an offence is suspected, the trustee will need to advise the Superintendent of Bankruptcy and the inspectors as well as notifying the court in Form 83 (see Section 140).

The verification of the Statement of Affairs should comprise:

(1) A detailed examination of the general ledger; the books of original entry and supporting documents; this would support the information provided by the debtor in his Statement of Affairs, give an indication as to whether all assets have been accounted for and confirm the location of all assets.

(2) The trustee will not initially and should not be expected to estimate the realization on the assets; this is particularly the case when the trustee is dealing with accounts receivable; it is only after the trustee has sent out collection letters that he has an indication as to the collectibility of this asset.

(3) A review of the books and records and income tax returns may reveal assets such as tax loss carry-forwards and back as well as the possible income tax refunds.

(4) Another step in the verification process is to examine all proofs of claim as they are received by the trustee; this may give the trustee information on possible preferences which may have been conveyed on a creditor.

(5) Counting of inventory and other fixed assets.

(6) Examination of insurance policies and other prepaid expenses.

(7) Examination of leases, patent rights and trade marks.

(8) Examination of minute books and documents of incorporation.

(b) Preliminary Report to the Creditors:

Section 80 requires the trustee to call the first meeting

of creditors within five days of his date of appointment, such meeting to be held on a date not later than fifteen days from the mailing of notices. The functions of the creditors at this meeting are set out in Section 80(5) as follows:

(i) to consider the affairs of the bankrupt;

(ii) to affirm the appointment of the trustee or substitute another in his place;

(iii) to appoint inspectors, and

(iv) to give such direction to the trustee as the creditors may see fit with reference to the administration of the estate.

The trustee must report to the meeting on his taking control of the assets, the extent of his verification and, based on information obtained to date, an estimate of what return the creditors may expect. The format of this Preliminary Report is set out in Bulletin 11 (1969) issued by the Superintendent of Bankruptcy.

(c) Periodic Reports to Creditors etc.:

Section 13(9) requires the trustee from "time to time" to report:

(i) to every creditor, when required by the inspectors;

(ii) to any specific creditor who requires him to do so, and

(iii) to the creditors or to the Superintendent when required by the Superintendent,

showing the conditions of the bankrupt's estate, the monies on hand, if any, and particulars of any property remaining unsold.

The trustee is entitled to charge only his actual disbursements for the preparation and delivery of any of these reports (Section 13(10)).

(d) Reports under Sections 140 and 141:

In his report required by Section 140, and to be prepared in Form 83, the trustee must set out the causes of bankruptcy, the manner in which the bankrupt has performed the statutory duties or obeyed the orders of the court, and as to his conduct both before and after the babkruptcy, as to whether he has been convicted of any offence under the Bankruptcy Act, and as to any other fact, matter or circumstances that would justify the court in refusing an unconditional order of discharge. The inspectors by a resolution declare whether or not they approve or disapprove of the report, and in the latter case the reasons for such disapproval must be given. The resolution of the inspectors must accompany the trustee's report, which must be filed with the court and with the Superintendent in accordance with Section 140(2).

In connection with the report prepared by the trustee under the above Section, Houlden J. in an obiter dictum in Re Chylinski 12 C.B.R. (N.S.) 258 has warned trustees not to treat it as a routine document, they should really "prepare" the report and not just fill in blanks in a printed form. The court has to determine on the basis of what is contained in the report whether or not to give an unconditional discharge to the bankrupt. As the comment in 12 C.B.R. (N.S.) 259 states:

> "it is quite obvious that by filling in blanks a trustee might easily overlook certain important facts or matters which he should report to the court and thereby may not assist the court to the best of the trustee's ability. After all, the trustee is an officer of the court and his function is to assist the court."

The reports under Section 140 are prima facie evidence of the statements therein contained: Section 140(5). The onus is on the bankrupt to refute any facts reported by the trustee which are unfavourable to him: In re Roy 5 C.B.R. (N.S.) 64. If no facts under Section 130 are reported by

the trustee to the court, and a creditor wishes to oppose an application for discharge, he must establish that such facts exist: In re Kemper (1961) 2 C.B.R. (N.S.) 130 (Ont.). If the bankrupt wishes to dispute any of the statements contained in the report, or a creditor wishes to adduce facts not in the report in order to oppose the bankrupt's discharge, notice to that effect should be given to the trustee (in the case of oppositions by creditor, to the bankrupt as well) in accordance with Section 140(6) and (7) respectively. Under Rule 101, the judge hearing the application may hear viva voce evidence from the bankrupt and opposing creditors.

It has been held that the Bankruptcy Act does not contemplate that on an application by the debtor for his discharge an issue might be directed to determine whether he was guilty of fraud. In order for the court to find that there has been fraud within Section 143(1)(k), there must be a conviction or finding of court by a judgment of court in civil proceedings: In re Kemper; Rice v Copeland 7 C.B.R. (N.S.) 288.

Since the amendment of 1966-67 to the Bankruptcy Act, the trustee is required to prepare and file two further reports (in Form 83A); the first under Section 141(1) and containing the following information, to the Superintendent, within two months after the trustee has been appointed, with provision for extension by the Superintendent:

"S.141(1)(a) the name of the debtor and, where the debtor is a corporation, the names and addresses of the directors and officers of the corporation and, when applicable, the names of the persons who in the opinion of the trustee actively controlled the day-to-day operations of the corporation or the business of the debtor or who in the opinion of the trustee were responsible for the greater proportion of the debtor's liabilities or under whose directions in the opinion of the trustee the greater proportion of the debtor's liabilities were incurred;

(b) whether in the opinion of the trustee the deficiency between the assets and the liabilities of the debtor has been satisfactorily accounted

for or if not whether there is evidence of a substantial disappearance of property that is not accounted for;

(c) a statement of opinion by the trustee with respect to the probable causes of the bankruptcy, arrived at after consultation with the inspectors and other persons, which shall be expressed as resulting from one or more of the probable causes in the following enumeration, namely:

(i) misfortune
(ii) inexperience
(iii) incompetence
(iv) carelessness
(v) over-expansion
(vi) unwarranted speculation
(vii) gross negligence
(viii) fraud, and
(ix) other probable causes (to be specified);

and

(d) a statement of the facts and information on which the trustee relied in arriving at the opinion expressed pursuant to paragraphs (b) and (c)."

The second report, under Section 141(2), to contain only the information set out in Sections 141(1)(a) and (b) to each of the persons named in those paragraphs. This latter report has also to be filed with the official receiver after the expiration of 60 days from the date of filing the report with the Superintendent, and not later than 90 days after such date. Provision is made by subsection (4) for the alteration of the report before it has been filed with the official receiver, on an application to the court by the persons affected by the report received under subsection (2). The trustee is expressly absolved from liability for any statements made or opinions expressed by him in the report in good faith. (Section 141(b)).

The 1966-67 amendment enables the trustee to make a public record of who controlled the day-to-day operations of a bankrupt enterprise and whether the deficiency between assets and liabilities has or has not been satisfactorily accounted for.

(e) Final Statement of Receipts and Disbursements:

The trustee is required by Section 122, as soon as he has realized all the property of the bankrupt or all that can be reasonably expected to be realized, and has settled or determined all the claims against the estate, to prepare a final statement of receipts and disbursements and dividend sheet and thereafter proceed to divide the property amongst the creditors, subject to the provisions of the Act.

In the final statement the trustee must give a complete account of all monies received by him out of the property of the bankrupt or otherwise, the amount of interest received by him, all monies disbursed and expenses incurred and the remuneration claimed by him and other particulars set out in Section 123. The final statement should be in Form 54 or as near thereto as the circumstances of the case will permit.

After the inspectors have approved the final statement and dividend sheet, they are sent to the Superintendent for his comments. The trustee is required to get his accounts taxed by a taxing officer who has at that time a letter of comments from the Superintendent. After taxation, a copy of the final statement together with a copy of the dividend sheet and a notice of intention to pay a final dividend, etc. has to be mailed to every creditor whose claim has been proved, by registered mail. If any creditor wishes to object to the final statement and the dividend sheet he should do so within 15 days of mailing of the notice.

Section 125 provides for the deposit of all unclaimed dividends by the trustee, before his discharge, with the Receiver General of Canada.

3. DISCLOSURE OF OFFENCES AND CRIMINAL PROCEEDINGS

Under Section 12(13), the trustee if authorized by the creditors, the inspectors or the court, may initiate criminal

proceedings against any person believed to have committed an offence under the Bankruptcy Act. Further, under Section 176(3), the court, on application, may authorize criminal proceedings against any person where there is ground for believing that that person is guilty of an offence under the Bankruptcy Act or any other statute of Canada or a province in connection with the bankrupt, his property or transactions. In view of the reluctance of creditors or lack of funds, most investigations of these offences are conducted by the Superintendent of Bankruptcy, under Sections 6 and 7. The Superintendent may inquire into or investigate any information or complaint that an offence is suspected under the Bankruptcy Act or any other Act of the Parliament of Canada, where it appears that it would not otherwise be investigated.

4. CONFLICT OF INTERESTS

The trustee occupies a fiduciary position towards all those persons whom it is his duty to protect. A person is said to stand in a fiduciary relation to another when he has rights and powers which he is bound to exercise for the benefit of that other. Hence he is not allowed to derive any profit or advantage from the relation between them, except with the knowledge and consent of the other person. Such is the relationship between trustee and cestui que trust, solicitor and client, principal and agent, and generally wherever from the position of two persons, one of them reposes confidence in the other.

In bankruptcy law, a trustee in bankruptcy holds the property vested in him in trust for the creditors, as well as the bankrupt himself. It is his duty to discover, realize and distribute the property among the creditors, and if there is any surplus, to pay it over to the bankrupt. For that purpose, the trustee is empowered to examine and take possession and control of the bankrupt's property, books, records, documents, writings, etc., to investigate proofs made by creditors,

and to admit, reject, expunge, reduce or compromise them, according to the circumstances. He is also under a duty to disclose to the proper authorities the violation of any of the duties by the bankrupt himself, including the commission of crime, and when appropriate, to initiate or cooperate in conducting criminal proceedings.

These powers and duties inevitably place the trustee in a position of confidence not only towards the creditors, but also the bankrupt and society. There are often opportunities for personal profit, for suppressing or revealing information or profiting by it, for exercising discretion for malafide or improper purposes and for acting in concert with other individuals or groups to attain these ends. The law discourages these tendencies by providing deterrents in Section 173.

"S.173(1)(h) A person who, being a trustee, makes any arrangement under any circumstances with the bankrupt, or any solicitor, auctioneer or other person employed in connection with a bankruptcy, for any gift, remuneration, or pecuniary or other consideration or benefit whatever beyond the remuneration payable out of the estate, or accepts any such consideration or benefit from any such person, or makes any arrangement for giving up, or gives up, any part of his remuneration, either as a receiver or trustee, to the bankrupt or any solicitor, auctioneer or other person employed in connection with the bankruptcy, is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding one thousand dollars, or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both."

"S.173(3) Nothing in paragraph (1)(h) shall be construed to apply to a sharing of trustee's fees among persons who together act as the trustee of the estate of a bankrupt or as joint trustee to a proposal."

Independence and Impartiality

The trustee must not take heed of one beneficiary to the detriment of others. This implies that he must not be biased or prejudiced in favour of or against the beneficiaries,

the creditors or the bankrupt. He must be independent of them and perform his work impartially, hold the scales evenly, and not confer an advantage on one at the expense of another. As Chief Justice Cardozo in Meinhard v. Salmon (1928) 249 N.Y. 458, speaking for the New York Court of Appeals, observed at page 454:

> "Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market-place. Not honesty alone, but the punctilio of an honour the most sensitive, is then the standard of behaviour ... The level of conduct for fiduciaries has been kept at a level higher than that trodden by the crowd."

The trustee must not place himself in a position in which his interest may conflict with his duty. As Lord Cranworth L.C. in Aberdeen Railway Co. v Blaikie Brothers (1954) 1 Macq. 461 (H.L.) puts it:

> "... it is a general rule of universal application that no one, having such duties to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has, or can have, a personal interest conflicting, or which possibly may conflict with the interests of those whom he is bound to protect. So strictly is this principle adhered to, that no question is allowed to be raised as to the fairness or unfairness of a contract so entered into."

Lord Herschell in Bray v. Ford (1896) A.C. 44, says that this rule is not founded upon principles of morality, but rather "based on the consideration that human nature being what it is, there is danger, in such circumstances, of the person holding a fiduciary position being swayed by interest rather than by duty, and thus prejudicing those whom he was bound to protect." (at p.51).

To ensure that the trustee is independent and impartial, and is not a mere tool of those appointing him, the English Bankruptcy Act of 1883 had a provision (Section 21(2)) empowering the Board of Trade to object to the appointment of a trustee "where

his connection with or relationship to the bankrupt or his estate makes it difficult for him to act with impartiality in the interests of the creditors". Acting under that section, the Board of Trade was successful in objecting to the appointment by the creditors of a person who had previously been appointed an assignee under a deed; it was shown to the court that there will arise questions between him and the estate which would render it difficult for him to act with impartiality: In re Martin, Ex p. Board of Trade (1888) 21 Q.B.D. 29. See also In re Mardon (1896) 1 Q.B. 140. In another case, In re Stovold, Ex p. Board of Trade 60 L.T. 190, at the request of a principal creditor of the debtor who was in difficulties, B, the debtor's accountant, undertook to manage his affairs, and in his capacity as manager, B made payments and received sums of money on behalf of the debtor's estate and retained some of it as proper charges, with the consent of the debtor. The debtor subsequently became bankrupt, and the creditors appointed B as trustee. The court upheld the Board of Trade's objection, stating that it would be almost impossible for B, as trustee, under the circumstances, to exercise an impartial determination on questions that must arise out of his own dealings with the estate. In the case of In re Lamb, Ex p. Board of Trade (1894) 2 Q.B. 805, the court decided that it would refuse to sanction the same person being appointed trustee of two estates, if he is pecuniarily interested in the success of a claim which one estate had against the other, on the ground that it is "difficult for him to act with impartiality". And In Ex p Molineaux, 1 Deac. 603, the court directed an inquiry into the truth of the allegation that the trustee had fraudulently connived with the bankrupt to get him elected to the office of the assignee.

The Bankruptcy Act of 1914, c. 59 (Eng.) has modified Section 21(2) of the 1883 Act and under Section 95(2)(d) the Board of Trade may now seek the trustee's removal after his appointment on the same grounds.

It has been held by several Canadian courts, that the English principles should obtain in our practice here. In In re Dickinson (1892) 2 B.C.R. 262, (B.C.), the solicitor of the bankrupt was removed as trustee. In In re Walter Shaw Ltd. (1922) 3 C.B.R. 198 (Sask.) where the directors and shareholders of the trustee were large creditors of the debtor, the trustee was removed on the ground that there may arise a conflict between the interests and the duty of the officers of the trustee. In Re Queen's Royal Ltd. (1922) 3 C.B.R. 450 (Ont.), 450, the court held that a trustee for debenture holders of an insolvent company ought not to be appointed as trustee on the making of a receiving order, because of a possible conflict of interest. In Re Erie Gas Co. Ltd. (1938) 20 C.B.R. 14 (Ont.), the court decided that it will remove and replace a trustee who was a creditor, shareholder and secretary-treasurer of the bankrupt company. And in In re Lake Shore Golf & Country Club Ltd. (1933) 15 C.B.R. 123 (Ont.) Armour J. refused to allow the former auditor of the debtor to be custodian under a receiving order on the ground that as auditor and servant of the debtor his acts might be directly or indirectly attacked. On the other hand, in the case of Re Déry; Ruel v. Struzer (1958) Que. S.C. 245 the court held that the fact that a chartered accountant, who was also an authorized trustee, had acted as accountant for a debtor for several years before the bankruptcy does not of itself disqualify him for appointment as trustee of the estate; in the absence of proof of partiality, dishonesty or bad faith, a petition based on the previous appointment alone will be dismissed. In another case, Re United Investments Ltd. and Deacon v. Union Gas Co. of Canada Ltd. (1966) 1 O.R. 165 (Ont. C.A.) one of the creditors sought to remove the Clarkson Company, whose parent, Clarkson, Gordon & Co., had for many years been acting as auditors of United Fuel and its subsidiaries as well as Union Gas Co., as liquidator of United Fuel, on the ground of bias, and on the ground that the liquidator is in a position of "conflict of interest" which would render it incapable of discharging its duties as in independent officer of the court, acting impartially between the minority

group of shareholders and the major shareholder, the Union Gas Company. The court however rejected the argument as it had not been demonstrated that the mere fact of association between the auditing firm and the Clarkson Company will deprive the latter of that quality of independence and impartiality expected of a liquidator. The court however indicated that if the objection had been taken to the appointment at an early date, there would probably have been no serious issue between the parties upon that question, since the provisional liquidator could have retired without the implication of any reflection upon its professional reputation.

The provisions in the Bankruptcy Act touching the question of appointment of a trustee are in Section 31(4) and Section 25(9). Section 31(4) provides that on filing an assignment the Official Receiver shall as far as possible select a trustee by reference to the wishes of the most interested creditors if ascertainable at the time; the Official Receiver shall complete the assignment by inserting therein as grantee the name of the trustee. Section 25(9) provides that upon a receiving order being made, the court shall appoint a licensed trustee as trustee of the property of the bankrupt, having ragard, as far as the court deems just, to the wishes of the creditors. Section 94(2) deals with the appointment of inspectors and states that a person "who is a party to a contested action or proceeding by or against the estate" may not be an inspector. Except for these provisions, there is no direct prohibition against any person being appointed trustee or inspector, even though they may have close connection with the bankrupt or the creditors.

One of the first recommendations by any legislative body is contained in the report of the Lawrence Committee on Company Law, at page 91. That recommendation is with respect to the appointment of auditor as trustee, receiver, etc. in order to safeguard his independence and to ensure that he is at all times acting in the interests of shareholders appointing him. The Committee recommended that the Ontario Corporations Act

be amended to provide that an auditor of a company may not be appointed receiver or receiver and manager or liquidator or trustee in bankruptcy of any company of which he is or has been within the two preceding years the auditor. This recommendation is now incorporated in Section 170(6) of the Business Corporations Act, R.S. 1970, c. 53, albeit in a reverse form to avoid constitutional difficulty.

In the Opinion issued by the Institute of Chartered Accountants of Ontario, the Council of the Institute considered that as a profession, members of the Institute should avoid not only possible conflicts of interest, but also any position which to a reasonable observer would have the appearance of a conflict of interest. "Accordingly, from the date of this Opinion a member or his associate may not be a Trustee in Bankruptcy, or in a proposal, for a client while holding, or within two years of having held, the position of auditor of that client. Furthermore, when a member or his associate has acted for a client in any capacity other than as auditor, he should only accept an appointment as Trustee when he can act with independence. As a guide, and without attempting to cover all circumstances, it probably would be inadvisable for a member acting as an accountant (say, preparation of unaudited financial statements) or business adviser (say, advice on taxation and other financial matters) to be appointed a Trustee under the Bankruptcy Act if he had been advising such client within the preceding two-year period; on the other hand, a member acting as a business adviser (say, consideration of financial reorganization which involved a proposal to creditors under the Bankruptcy Act) may readily be able to act with independence as a Trustee under a proposal that was related to the reorganization. Before accepting an assignment under the Bankruptcy Act, a member should also be satisfied that his or his associates' relationship with any other clients having an interest in the bankrupt estate is not such as to impair his independence." (Opinion dated March 12, 1971).

The proposals of the Lawrence Committee are however narrow in the context of bankruptcy. The Study Committee on Bankruptcy & Insolvency Legislation went further and suggested that the Bankruptcy Act should define what is a conflict of interests and "provide that a conflict of interest exists whenever a person has, at any time in the two preceding years, acted for or was related to or directly or indirectly, professionally or commercially, associated with the debtor." In its view, a conflict of interests arises whenever a person who is acting or proposing to act in any professional capacity for an estate, as a result of his services being retained by the estate, is required

> "(i) to support or reveal that which his duty to another person requires him to contest or conceal, or
>
> (ii) to contest or conceal that which his duty to another person requires him to support or reveal." (para. 3.6.50).

Under such a rule, a solicitor would be prevented from acting for the estate of his client subsequently placed in bankruptcy, unless the bankruptcy occurred more than two years after the debtor ceased to be the solicitor's client. Similarly, and subject to the same qualifications, the accountant or auditor of a debtor would be prevented from acting as trustee for the estate of the debtor and render any service of a professional nature to the estate. (para. 3.6.51). It recommended that everyone who has a conflict of interest should be prohibited from acting for an estate administered under the Bankruptcy Act (para. 3.6.52).

After his appointment, the trustee may find himself in varying degrees of conflict between his interest and duty. The situations may be diverse. He should not enter into any engagements where he has to compromise his position, whether it be with respect to creditors, individually or as a group, or other claimants, or persons dealing with the trustee as representative of the estate. The trustee should exercise an impartial judgment on the truth or validity of a claim and in case of doubt or difficulty should seek legal advice.

While he is entitled to uphold the rights of the general creditors to the utmost, he should not take advantage of every technical ground available to defeat the rights of any of them who has a just claim against the estate. In the leading case of Re Thelusson, Ex p. Abdy (1919) 2 K.B. 735, Duke LJ at 756 stated:

> "The court will not allow its officer (the trustee) to insist upon a rule of law or equity in the administration of an estate in bankruptcy under the control of the court, where such insistence would produce a dishonest result."

Conversely, the trustee should not let in claims of doubtful validity, or let the secured creditors a free hand in dealing with their security without enquiring whether or not it is beneficial to redeem it.

The trustee should execute the trust with fidelity and with diligence and ought to conduct its affairs in the same manner as a prudent man of business would conduct his own affairs.

In respect of the sale of the bankrupt's property, the trustee must act fairly and above reproach. It is now well settled that the trustee is prohibited by his office from purchasing property from the estate directly or indirectly. In the leading case of The York Building Co. v. Mackenzie (1795) 8 Bro. P.C. 42 (on appeal from Scotland), Mackenzie while he filled the office of "common agent" in the sale of the estate of the appellants, who had become insolvent, purchased a portion of it at a judicial auction. Though he had remained in possession for about eleven years after the purchase, and had entirely freed himself from all imputation of fraud, the House of Lords held that filling as he did an office which made it his duty both to the insolvent and their creditors to obtain the highest price, he could not put himself in the position of a purchaser and so make it his interest that the price paid should be as low as possible. This was a very

strong case, because there had been acquiescence for above eleven years, the charges of fraud were not supported and the purchase was made at a sale by auction. Lord Eldon and Sir William Grant were counsel for the respondent. But the House of Lords considered the general principle of such importance and of such universal application, that they reversed the decree of the Court of Session and set aside the sale.

In another leading case, Keech v. Sandford (1726) Sel. Cas. Ch. 61 the trustee of the lease of a market for an infant obtained a renewal of the lease for himself after the lessor had refused to renew in favour of the infant. The court nevertheless held that the trustee must hold the benefit of the renewal on trust for the infant.

As Sir William Grant, M.R., points out in Lister v. Lister (1802) 6 Ves. 631:

> "the rule is a rule of general policy, to prevent the possibility of fraud and abuse; for it may not always be possible to know whether the property was undersold."

The above rule applies to property of all kinds. Moreover, the trustee may not sell to a person who is in fact a trustee for himself: Campbell v. Walker (1800) 5 Ves. 678, 13 Ves. 601; and all other circuitious arrangements to achieve the same result are equally invalid. If the trustee has retired from the trust with a view to purchasing the property, the sale can be voided: Wright v. Morgan (1926) A.C. 788 (P.C.); but it is otherwise if at the date of his retirement he had no idea of making the purchase, unless the circumstances show that he made the purchase through the use of information acquired by him while a trustee: Re Boles & British Land Co.'s Contract (1902) 1 Ch. 244.

Agents whose employment is such that they acquire special knowledge of the circumstances affecting the property of their principal, are also caught by the rule. In Ex p.

Tanner (1803) 8 Ves. 337, Lord Eldon extended the rule to a purchase of a bankrupt's estate by the solicitor to the bankruptcy commission, observing:

> "This doctrine as to purchase by trustee, assignees and persons having a confidential character, stands much more upon general principles than upon the circumstances of any individual case. It rests upon this: that the purchase is not permitted in any case, however honest the circumstances; the general interests of justice requiring it to be destroyed in every instance; as no court is equal to the examination and ascertainment of the truth in much the greater number of cases."

If the solicitor has not had any concern with the estate respecting which the question arises, as where he is retained to advise on particular matters, even though there may be some influence over the trustee, if the purchase is made at a fair price, the trustee fully informed and had independent advice from another solicitor, the purchase will not be set aside: Edwards v. Meyrick (1842) 2 Hare 60.

The inspectors appointed by the creditors are also in a fiduciary position towards them and the same principles as above discussed will apply. They are however expressly prohibited by the Bankruptcy Act. Section 94(11), from purchasing propertly directly or indirectly except with the prior approval of the court.

Inspectors in Bankrupt Estates

Introduction:

Under the scheme of the Bankruptcy Act, the creditors exercise their supervisory function over the trustee through duly elected inspectors. The policy of the Act is to confer general administrative authority in the creditors, through their inspectors, and except in cases where inspectors act fraudulently or in bad faith and not for the benefit of the estate, the court will not interfere. The creditors retain overall authority. It is they

who appoint the trustee or remove him and it is they who appoint and remove the inspectors.

1. Appointment of Inspectors

The creditors are required to appoint one or more, but not exceeding five, inspectors at their first or subsequent meeting in accordance with a weighted scale of votes prescribed by Section 93. In summary administration it is not mandatory to appoint inspectors.

It has been held that a secured creditor cannot be appointed as an inspector: Shink v. Gingras (1962) 3 C.B.R. (N.S.) 309. This seems to be incorrect as the Act lays down no qualification for appointment.

2. Position of Inspectors

The inspectors stand in a fiduciary position towards the general body of creditors who appoint them, and must perform their duties impartially and in the interests of all the creditors: Taylor v. Davies (1920) A.C. 636 (P.C.); In re Bryant Isard & Co., Ex p. Higginson 4 C.B.R. 41 at 48; Re Kleckner, Huck & Co. Ltd. v. Bank of Toronto (1940) 4 D.L.R. 815 (Sask.). Therefore, they must not permit their duty as inspectors to conflict with some other interest, and if they do, they will be disqualified from acting as inspectors: In Re Fentiman 7 C.B.R. 355.

The duties and obligations of fiduciaries have been discussed in a previous section (see p.27). In order to ensure that no conflict of interest arises, Section 94(2) of the Act lays down that:

> "no person is eligible to be appointed or to act as an inspector who is a party to any contested action or proceedings by or against the estate".

It has been held in Re Lions D'Or Ltée; Hamel v. De Coster 8 C.B.R. (N.S.) 171 that an inspector who is a solicitor should not act for a party who is bringing legal proceedings against the bankrupt's estate, even though, strictly speaking, it is not

contrary to Section 94(2). Similarly, in In re Stern 11 C.B.R. 186, the court held that a solicitor cannot act as both inspector and solicitor to the trustee as the two positions are inconsistent.

And in Re Wimco Steel Sales Co. Ltd. (1971) 14 C.B.R. (N.S.) 288, Houlden J. held that an inspector who is an officer of a corporation which is party to a proceeding against the estate should not be appointed. See Comment 14 C.B.R. (N.S.) at 290.

Furthermore, by Section 96(11) an inspector is expressly prohibited from purchasing or acquiring for himself or for another person, directly or indirectly, any property of the estate, except with the prior approval of the court.

The problem of an inspector wishing to purchase assets of the estate sometimes arises after tenders are opened, and one inspector is prepared to make a higher bid. This type of offer must be rejected in the interest of due and proper administration of bankruptcy estates in general, as no tenderer in such circumstances would be sure that a person having inside information will not defeat their bids, and that would inevitably discourage them in the future. Such a practice has been described by the court in Re Pretty Fashions Inc. v. Rudie & Grobstein (1951) 31 C.B.R. 217 (Que.) as being unfair and constituting a vicious and dangerous practice which would discourage tenders.

3. Duties and Responsibilities

(a) General:

The inspectors are appointed to check on the activities of the trustee and to give him specific instructions in respect of all functions that the trustee can exercise only with their approval. These functions requiring permission of inspectors are found in Section 14 and cover virtually the entire administration of the estate by the trustees:

These are:

"Section 14

(a) disposal of assets by tender, public auction or private contract;

(b) lease property;

(c) carry on the business of the bankrupt;

(d) bring, institute or defend legal proceedings;

(e) employ a solicitor in respect to matters sanctioned by the inspectors;

(f) accept future payment and security in the sale of property;

(g) incur obligations;

(h) compromise and settle debts owing to the bankrupt;

(i) compromise claims by or against the estate;

(j) divide property that cannot be readily or advantageously sold;

(k) deal with leases or other interest in any property of the bankrupt;

(l) appoint the bankrupt to aid in the administration of the estate.

The courts have held that a trustee who takes any of the actions listed in the above section without the express permission of the inspectors may incur personal liability to the estate. But the inspectors may later ratify his actions: See Office Specialty Mfg. Co. v. Eastern Trust Co. 13 C.B.R. 166; In re J. Calaghan 13 C.B.R. 356.

The purpose of Section 14 is to protect the estate against unwarranted costs and at the same time allow the trustee to get the benefit of the inspectors' business experience. This permission is not "carte blanche", but relates to some specific power to be performed by the trustee at a certain time.

Also, in Section 13(3) the trustee requires written permission from the inspectors, or a court order, to withdraw any monies from the estate trust account, except for funds in payment of dividends and charges incidental to the administration of the estate.

(b) Supervision:

(i) General

The inspectors are expected to satisfy themselves that the trustee's administration is satisfactory by examining certain documents and accounts connected with the administration. The Act enables the inspectors to carry out this function by providing for access to the estate's books and records.

(ii) Access to information

Section 13(7) states that the estate books, records and documents relating to the administration of an estate shall be deemed to be the property of the estate. Section 13(8) goes further by requiring that the trustee shall permit the books and records of the estate to be inspected and copied by certain persons which include any creditor or his agent at any reasonable time. In any event, under Section 13(9), the trustee shall, from time to time, report to every creditor, when required by the inspectors, or to any specific creditor when that creditor so requires, or to the creditors generally when required by the Superintendent of Bankruptcy. The purpose of this is to show "the condition of the bankrupt's estate, the monies on hand, if any, and particulars of any property remaining unsold".

The trustee is entitled to charge his actual disbursements for the preparation and delivery of any such reports against the estate of the bankrupt. (Section 13(10).

(iii) Specific responsibilities

Insurance: Section 13(1) and Section 13(2) deal with the insurance of the debtor's property. The Act requires the trustee to temporarily insure all the property of the estate, for such amount as he deems advisable until the inspectors are appointed.

One of the first acts of the inspectors is to determine the amount and the hazards against which the bankrupt's property is to be insured by the trustee.

Accounts: Under Section 94(13), the inspectors are specifically required, "from time to time", to check certain items in the estate. These are:

(1) verify the bank balance
(2) examine the trustee's accounts, and
(3) inquire into the adequacy of the security filed by the trustee (the estate bond).

The inspectors are also required to approve the trustee's final statement of receipts and disbursements, dividend sheet and disposition of unrealized property.

However, the Bankruptcy Act sets out certain conditions that must be fulfilled by the inspectors before they can be in a position to have an opinion on the trustee's final statement of receipts and disbursements. These are, that the inspectors must satisfy themselves in respect to the following:

(1) that all the property has been accounted for;
(2) that the administration of the estate has been completed as far as can reasonably be done;
(3) that the disbursements and expenses incurred are proper and have been duly authorized;
(4) that the fees and remuneration are just and reasonable in the circumstances. (Section 94(14)).

Should any inspector find that he is not satisfied in the above areas, he should notify the trustee in writing indicating the reasons for his disapproval of the statement. A copy should be forwarded to the Superintendent of Bankruptcy for his information.

If no agreement can be reached with the trustee, the inspector's recourse should be to present his objections before the taxing officer at the time of the taxing of the statement in court.

(c) Action:

(i) Meetings

Section 94(6) permits the trustee to call a meeting of inspectors when he deems it advisable, although a majority of inspectors can require the trustee to call a meeting when their request is in writing. The courts seem to be of the opinion that the inspectors can function only as a body at a properly called meeting. In other words, the inspectors are required to be physically present to constitute a meeting: See In re Chretien; Ouellette v. Boucher (1962) 32 C.B.R. (N.S.) 133 (Que.). This practice seems to be confined to Quebec.

(ii) Inspectors' decisions

Administrative decisions are made by resolutions passed by a majority of inspectors at a duly convened meeting.

An absent inspector must be contacted to resolve an equal division of opinion. Where such a difference cannot be resolved in this manner. the trustee can resolve it himself. (Unless the decision concerns his personal conduct or interest, in which case, the creditors or the court must resolve the issue. (Section 94(7)).

The trustee may apply to the court where there is a conflict of opinion between himself and the inspectors. (Sections 16(1) and 94(10)).

The Act also allows any interested party the right to apply to the court where he feels the decision of the inspectors is detrimental to the estate. (Section 94(10)).

As in other areas, the courts have a supervisory role in this aspect of the administration. The court has power to annul the inspectors' decisions and make proper order in the circumstances: In re Légacé 3 C.B.R. 128.

Generally, it is considered that an inspector cannot delegate his responsibilities, but must himself be involved in the decision-making process.

In cases of conflict between decisions of the inspectors and those of the creditors, the creditors' directions are overriding (Section 94(9)). The Act contemplates that the creditors have a superior position in the supervision of the administration of the estate, even though inspectors are appointed.

(iii) Inspectors' input

Where the creditors have information regarding assets, fraudulent preferences, dealings between the bankrupt and relatives or a related company or other abuses, these matters will normally be brought to the attention of the trustee and the inspectors.

The inspectors should consult with the trustee as to the best course of action to benefit the creditors in these situations. Where an offence is suspected, the inspectors should discuss this with the trustee. The trustee would normally report the matter to the Superintendent. However, this should not stop any inspector reporting the matter directly to the Superintendent where he considers this appropriate and advising the trustee of his action. Section 133 of the Act provides the inspectors with powers to request the trustee to examine knowledgeable persons under oath before the registrar or other authorized person.

(iv) Sale of Assets

The inspectors must authorize the trustee in what manner,

whether by public auction or by private contact, the assets of the estate should be sold. The mechanics of such decisions have been dealt with in the paper on Realizations. The trustee is entitled to go to the general body of creditors, or to the court, if he disagrees with the decision of the inspectors in accepting an offer from a purchaser, and their decision in proper cases, especially where they are unable to give an unbiased decision: See Re Salok Hotel Co.; Flitoft v. Record Holdings Ltd. 11 C.B.R. (N.S.) 158.

It has been held that once a sale has been concluded, the court will not set it aside unless the applicant can show to the court that the trustee or the inspectors have acted fraudulently or unreasonably and in bad faith: Re Pachal's Beverages Ltd. (1969) 70 W.W.R. 70 (Sask. C.A.).

APPENDIX "A"

INVENTORY

As of April 4, 1973

INVENTORY SUMMARY

Stock-in-trade.....	$36,755.09	+
Store Equipment and Fixture.....	$ 324.00	++
Vehicle.....	$ 695.00	+++

\+ Priced at retail value
++ Priced at current market value
+++ Priced as per Canadian Red Book Official used car valuations

STOCK-IN-TRADE

Stock-in-trade

Window

Description	Qty	Unit Price	Total Price
After ski boots	1	12.95	12.95
Ski sweater	1	39.95	39.95
Tuque	3	6.00	18.00
Ski goggles	5	5.95	29.75
"Tyrolia" ski boots rack	3	5.95	17.85
"VolleyBall" set	1	12.95	12.95
"Garmisch" ski boots	1	32.95	32.95
Ski rack (Automobile)	1	10.95	10.95
"Trappeur" ski boots	1	69.95	69.95
"Tyrolia" Clix 55 ski binding	1	29.95	29.95
"Tyrolia" Clix 900 Ski binding	1	54.95	54.95
"Tyrolia" Clix 90 Ski binding	1	34.95	34.95
Junior Hockey accessory	1	6.98	6.98
Cross Country skiing boots	1	32.95	32.95
"Hutchinson" athletic shoes	1	19.95	19.95
"Flyte" roller skates	1	9.95	9.95
"CCM" junior tacks	1	34.95	34.95
Friction tape (small)	4	0.25	1.00
Friction tape (large)	1	0.50	0.50
Pool table with set of balls and 2 cue stick	1	329.00	329.00
Sport satchel	1	12.95	12.95
Group 1			
"Dunlop" tennis racket press	52	4.50	234.00
Swin fins	12	7.95	95.40
"Matchbox" Motorway extension (E2)	2	8.95	17.90
Sun glasses with case	38	7.95	302.10
Sun glasses	29	4.95	143.55
"Penmans" t-shirt	5	1.25	6.25
"Penmans" men t-shirt	5	1.50	7.50
Floor hockey puck	1	4.50	4.50
Raincoat "Deluxe"	9	1.98	17.82
Tennis racket hood	9	2.50	22.50
"NHL" score book	6	1.00	6.00
Baseball Rulls Book (French)	6	0.50	3.00
"Ski Nautique" Book (French)	1	3.98	3.98
		Brought forward	$1,677.88

Stock-in-trade

Group 1 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$1,677.88
"Water Skiing for All" Book	3	4.50	13.50
Golf sockette	34	1.50	51.00
Sweat sock	12	1.50	18.00
Sweat sock	15	1.25	18.75
Ski goggles	16	5.95	95.20
"Mustang" golf balls	21	1.00	21.00
"Blue Streak" golf balls	2 doz	30.00	60.00
"Warwick" golf balls	54	2.00	108.00
Tennis jacket	3	18.95	56.85
"Slazenger" vest	1	19.95	19.95
Tennis sweater	4	16.95	67.80
"DR" Athletic support	39	2.00	78.00
"Cooper-Weeks" athletic support	21	1.25	26.25
"Flyte" roller skates	1	9.95	9.95
"Warwick" roller skates (Junior)	1	4.25	4.25
Skindiver goggles	1	14.95	14.95
Skindiver goggles	3	8.95	26.85
Skindiver goggles	2	4.95	9.90
Skindiver goggles	2	7.95	15.90
"Halex 3 star" table tennis balls	9	1.25	11.25
"Halex" table tennis balls	52	0.20	10.20
"Linden" metal whistle	3	1.25	3.75
"ASC" badminton shuttlecocks	2 cans	1.25	2.50
Table tennis net	4	3.50	14.00
Table tennis net	1	1.50	1.50
Ski goggles	13	5.95	77.35
Ski goggles	3	4.95	14.85
Ski goggles	5	8.95	44.75
Ski goggles	3	8.95	26.85
Charcoal sticks	10	1.45	14.50
"Softball" ball	1	3.95	3.95
Rope	4	2.25	9.00
Rope	1	1.75	1.75
"Johnson & Johnson" porous tape	12 rolls	0.25	3.00
"Imperial" Special shot shells	1	3.85	3.85
"Winchester" plastic shotgun shells	18	2.95	53.10
"Imperial" centre fire cartridges	10	5.80	58.00
"Imperial" centre fire cartridges	2	7.15	14.30
"Winchester" super cartridges	2	5.70	11.40
"Remington" hi-speed cartridges	1	5.80	5.80
"Imperial" centre fire cartridges	4	5.70	22.80
"Winchester" cartridges	1	3.85	3.85
"Imperial" centre fire cartridges	3	4.75	14.25
"Imperial" centre fire cartridges	4	4.55	18.20
"Imperial" centre fire cartridges	3	3.95	11.85
"Imperial" centre fire cartridges	5	0.95	4.75
"Imperial" centre fire cartridges	1	0.85	0.85
"Imperial" centre fire cartridges	2	1.20	2.40
Hand warmer	3	2.50	7.50
Gunslick rifle brushes	6	0.50	3.00
"Stag" gun blue	5	1.40	7.00
	Brought forward		$2,876.08

Stock-in-trade

Group 1 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$2,876.08
Gun oil	2	0.50	1.00
Hunting belt	6	4.40	26.40
"Handball" ball	6	1.25	7.50
Reds gun tote	1	3.29	3.29
Gun cleaning kit	1	9.95	9.95
Shotgun cleaning kit	1	5.95	5.95
Shotgun cleaning kit	1	4.95	4.95
Badminton racket string	2	2.50	5.00
Sweat band	3	0.95	2.85
Sweat band	4	1.50	6.00
Ski-doo mittens	24 prs	4.50	108.00
Ski-doo mittens	3 prs	5.25	15.75
Ski-doo mittens	1 pr	3.50	3.50
Ski-doo mittens	11 prs	3.00	33.00
Ski-doo mittens	2 prs	4.50	9.00
Ski lock	1	6.25	6.25
Star pistol	1	7.50	7.50
Group 1 Drawers			
Golf gloves	24	4.95	118.80
Golf gloves	3	3.95	11.85
Golf gloves	6	3.50	21.00
Golf stick hood	18	1.75	31.50
Skis clips	21	0.50	10.50
Rubber pool cap	12	3.95	47.40
Practice golf balls	7	1.00	7.00
"Olympia" gymsuit	104	4.50	468.00
"Olympia" pant	2	6.95	13.90
Cotton turtle-neck (boy)	8	3.95	31.60
Cotton turtle-neck dicky	5	1.25	6.25
Cotton turtle-neck dicky	3	2.00	6.00
Cotton t-shirt	16	1.25	20.00
Dressing-jacket (man)	9	1.00	9.00
Tennis shorts	32	1.00	32.00
"DR" athletic support	3	2.00	6.00
"DR" athletic support	3	1.50	4.50
"DR" hockey garter belt	2	4.00	8.00
"Protex" athletic support	1	2.05	2.05
Sun glasses	1	1.98	1.98
Sun glasses	1	1.95	1.95
Sun glasses	3	3.98	11.94
Sun glasses	5	2.98	14.90
Sun glasses	5	1.98	9.90
Sun glasses	2	1.98	3.96
Sun glasses	3	7.95	23.85
Ski goggles	1	5.98	5.98
Ski goggles	1	3.98	3.98
Ski goggles	1	2.98	2.98
"Skidol" tube	7	1.50	10.50
"Swix" ski wax	17	1.50	25.50
	Brought forward		$4,104.74

Stock-in-trade

Group 1 Drawers (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$4,104.74
"Bike" athletic support	20	2.00	40.00
"DR" athletic support	3	2.00	6.00
"Protex" athletic support	2	2.05	4.10
"Adidas" running shoes	5 prs	3.50	17.50
"Aigle" running shoes	11 prs	1.25	13.75
Pant & sweater gym. set	3	14.95	44.85
Duke game calls	1	7.95	7.95
Deer game calls	1	2.65	2.65
Bird game calls	1	3.55	3.55
Scotch Predator game calls	1	7.50	7.50
Scotch crow calls	1	7.50	7.50
Scotch goose calls	1	10.95	10.95
Scotch deer calls	1	7.50	7.50
Military style sling	2	4.55	9.10
Gun club shooting vest	2	7.95	15.90
Hunting hat	9	1.98	17.82
Hunting shirt	2	8.50	17.00
Hunting 2 piece suit	1	6.65	6.65
Group 2			
Ski jacket	1	36.00	36.00
Ski jacket	4	55.00	220.00
Ski jacket	1	39.95	39.95
Ski jacket	2	42.50	85.00
Ski jacket	1	44.95	44.95
Ski jacket	1	51.95	51.95
Ski jacket	4	42.00	168.00
Ski jacket	3	50.00	150.00
Ski jacket	2	10.00	20.00
Ski jacket	2	70.00	140.00
Ski jacket	1	60.00	60.00
Ski jacket	1	30.00	30.00
Ski jacket	1	33.00	33.00
Ski jacket	1	60.00	60.00
Ski jacket	1	5.95	5.95
Knickers	1	11.50	11.50
Corduroy pants	5	13.00	65.00
Ski-doo suit	1	44.95	44.95
"Wiener Modell" coat	11	19.95	219.45
Freezbee	28	0.59	16.52
"Boot Ease" ankle savers	13	1.50	19.50
"Boot Ease" heel pads	9	1.50	13.50
"Boot Ease" comfort pack	2	1.50	3.00
"Boot Ease" break-in-pack	4	1.50	6.00
Ski boots Trappeur (samples)	2	89.95	179.90
Ski boots (samples)	2	69.95	139.90
Ski boots (samples) Red	1	79.95	79.95
	Brought forward		$6,288.98

Stock-in-trade

Group 3

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$6,288.98
Chalet Giant Slalom skis	1	90.00	90.00
"Head TG-M" skis	1	215.00	215.00
"Nancy Greene" skis	2	120.00	240.00
"Rossignol RL" skis	2	150.00	300.00
"Rossignol RS" skis	1	225.00	225.00
"Head GKO4" skis	1	150.00	150.00
"Head GKO3" skis	1	130.00	130.00
"Kneissl" CS-RS" skis	1	150.00	150.00
"Head 660 Fiber Glass" skis	1	185.00	185.00
"Head 720 Olympic Metal" skis	1	185.00	185.00
"Head Lacroix" skis	1	230.00	230.00
"Arlberg Tyrolia" skis	2	34.95	69.90
"Gresvig Jet" skis	1	29.95	29.95
"Blitz Fiber Glass" skis	1	49.95	49.95
"Gresvig Attaché Hickory Elan" skis	1	39.95	39.95
"Kodiak" skis	4	39.95	159.80
"Polaris" skis	6	39.95	239.70
"Imura Giant Slalom" skis	3	69.95	209.85
"Imura Combi 200" skis	5	39.95	199.75
"Arlberg" skis	1	29.95	29.95
"Chalet 3000" skis	12	39.95	479.40
"Rossignol Concorde" skis & "Tyrolia Clix 90" binding	1	125.00	125.00
"Chalet Junior" skis	4	22.95	91.80
"Chalet Junior Five" skis & Chalet binding	1	22.95	22.95
Group 4			
Hockey rocker blade	38	1.50	57.00
Hockey sticks	90	2.50	225.00
Goaler stick	7	6.50	45.50
Hockey Stick (Junior)	2	4.50	9.00
Ass't used ski coats (trade-in)	12	5.00	60.00
Group 5			
Fur hats	10	9.95	99.50
Fur hats	1	29.95	29.95
Fur hats	1	19.95	19.95
Nylon hats	4	5.95	23.80
Tuques	4	4.50	18.00
Lycra turtle-neck	58	6.95	403.10
Fishing Sticks	1	18.95	18.95
Fishing sticks	6	4.95	29.70
Fishing sticks	6	8.95	53.70
Fishing sticks	1	16.00	16.00
Fishing sticks	3	6.95	20.85
Sweater	1	24.95	24.95
	Brought forward		$11,291.88

Stock-in-trade

Group 5 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$11,291.88
Sweater	2	34.95	69.90
Sweater	1	44.95	44.95
Sweater	9	39.95	359.55
Sweater	3	29.95	89.85
Sweater	2	39.95	79.90
Sweater	5	24.95	124.75
Group 6 (Top shelf)			
"Gola" training shoes	55 prs	12.95	712.25
"Prokeds" athletic shoes	58 prs	7.50	435.00
"Hunga" athletic shoes	5 prs	18.75	93.75
"Bobwolf" athletic shoes	4 prs	14.95	59.80
"Prokeds" baseball shoes	17 prs	10.95	186.15
"Rusty Stock" baseball shoes	10 prs	8.95	89.50
"Souki " after ski boots	2 prs	29.95	59.90
"Nahanvi" rubber boots	1	15.95	15.95
"Garmish" ski boots	3	35.95	107.85
"Garmish" ski boots	5	29.95	149.75
Garden Volley ball	1 set	12.95	12.95
Table tennis	1 set	9.95	9.95
Group 7			
Toko ski wax Klister	27	0.75	20.25
Toko ski wax Olympia	12	1.00	12.00
Toko ski wax Tube	18	0.75	13.50
Toko ski wax Remover	10	1.00	10.00
Toko P. Wax	38	1.00	38.00
Toko 1-3-5	8	0.75	6.00
Kofix wax	5	0.35	1.75
Assorted wax	9	0.50	4.50
Toko leather care	12	1.35	16.20
Toko wax no.3	14	0.50	7.00
"Dackstein" ski boots	4 prs	79.95	319.80
"Dackstein" ski boots	1 pr	59.95	59.95
"Head" ski boots	2 prs	89.95	179.90
Ski boots	1 pr	79.95	79.95
Trappeur ski boots	2 prs	69.95	139.90
Boys ski boots	1 pr	49.95	49.95
Assorted golf iron-putter	11	15.95	175.45
Golfers pack	6	5.50	33.00
"Jacques Plante" face mask	3	25.98	77.94
"CCM" athletic support	1	2.50	2.50
Snow shoe boots	4 prs	19.95	79.80
"Pirelli" ski carrier	16	10.95	175.20
Suspenders	10 prs	2.00	20.00
Assorted caps	10	1.75	17.50
"Olympic Junior Hockey" accessories	8	6.95	55.60
	Brought forward		$15,589.22

Stock-in-trade

Group 7 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$15,589.22
Olympic ski suspenders	5	5.95	29.75
Court King Badminton racket	2	19.95	39.90
"Dunlop" tennis racket	2	10.00	20.00
"Snauwert junior" club tennis racket	3	14.95	44.85
"Snauwert" quick tennis racket	4	16.95	67.80
"Dunlop" tennis racket frames	6	10.00	60.00
"Snauwert Tornado" tennis racket	2	25.95	51.90
Rubber ski carrier	3	9.95	29.85
Group 8			
Tyrolia boot keeper	12	5.95	71.40
Ski	4	2.95	11.80
Match Box toys	47	0.75	35.25
Assorted tote bags	20	6.00	120.00
Drawers			
Black silk sock	5 prs	1.75	8.75
Penmans white sport sock	19 prs	2.00	38.00
Assorted colour sport sock	15 prs	1.50	22.50
Black silk gloves	6 prs	4.95	29.70
Ski gloves	5 prs	4.95	24.75
Ski gloves	6 prs	9.95	59.70
Hats	27	1.98	53.46
Wool Head Band	56	1.50	84.00
Group 9			
Baker punching ball	2	9.95	19.90
Boxing gloves	2 prs	12.95	25.90
"Gresvig" after ski suits	6	19.95	119.70
"Jumbro" after ski suits	1	34.59	34.95
"Helanca" after ski suits	9	16.95	152.55
"Norwegian" sweaters	12	29.95	359.40
Group 10			
Assorted baseball mitts	11	19.95	219.45
Assorted baseball mitts	18	23.95	431.10
Assorted baseball catcher mitts	6	19.95	119.70
"Cooper" hockey goaler protector	1	8.95	8.95
"D&R" hockey pant	1	12.95	12.95
"D&R" hockey pant	2	17.95	35.90
"CCM" elbow pad	2 prs	15.95	31.90
"CCM" shoulder pad	1	5.00	5.00
"D&R" goaler mitt no.1765	1	12.95	12.95
"D&R" goaler face mask	1	15.95	15.95
"ST-Moritz" ski holder (metal)	22	1.75	38.50
	Brought forward		$18,137.33

Stock-in-trade

Group 10 (cont'd)

Drawers

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$18,137.33
Assorted tuques	42	3.50	147.00
Assorted tuques	29	5.00	145.00
Seal skin money purse	22	5.00	110.00
Seal skin purse	3	10.00	30.00
Seal skin belt	17	5.00	85.00
Seal skin key chain (small purse)	lot	20.00	20.00
Assorted tuques	22	5.00	110.00
Turtle-neck sweater	18	9.95	179.10
Group 11			
Sweat shirt	2	1.95	3.90
Turtle neck sweater	1	5.95	5.95
Assorted soccer sweater	38	6.95	264.10
Turtle neck sweater	29	10.00	290.00
"Medico" turtle neck sweater	20	7.00	140.00
Surf & ski nylon jacket	16	9.95	159.20
Surf & ski nylon jacket	5	12.00	60.00
Wollen ski sweater	8	34.95	279.60
Group 12			
Hockey sweater	2	13.50	27.00
Assorted bathing suit	8	5.00	40.00
Gymnastic jacket	1	12.50	12.50
Gymnastic suit	16	19.95	319.20
Gymnastic jacket	5	12.50	62.50
Assorted shorts tennis (white)	8	5.00	40.00
Tennis sweater (white)	1	10.95	10.95
Tennis ensemble (lady)	1	15.95	15.95
Tennis dress (lady)	4	15.00	60.00
Judo suit	1	25.00	25.00
Warmer ski pants	3	35.00	105.00
Assorted ski pants	102	20.00	2,040.00
Group 13			
Ski poles	13	19.95	259.35
Ski poles	4	12.95	51.80
"Lacrosse" racket	3	19.95	59.85
Table tennis set	1	9.95	9.95
Volley ball set	1	12.95	12.95
	Brought forward		$23,318.18

Stock-in-trade

Group 13 (cont'd)

Top

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$23,318.18
Assorted shoes "Adidas"	13	14.95	194.35
"Canvas" running shoes	5	14.95	74.75
"Canvas" running shoes	2	3.40	6.80
"Canvas" running shoes	1	3.59	3.59
"Canvas" running shoes	2	2.90	5.80
"Hutchinson" football shoes	16	14.95	239.20
"Hungaria" football shoes	3	12.95	38.85
Sky Queen bag	3	12.95	38.85
Tote bag (black)	7	6.95	48.65
Gymnastic suit	8	13.95	111.60
Basket ball shoe	3	7.95	23.85
"CCM" skating boot	1	15.98	15.98
"CCM" skating boot	2	11.98	23.96
"CCM" skating boot	1	19.98	19.98
"CCM" skating boot	6	9.98	59.88
"CCM" skating boot	7	34.95	244.65
"Daoust" skating boot	1	49.95	49.95
Group 14			
Top Shelf			
"Lycra" perma press turtle neck	61	5.95	362.95
"Lycra" perma press turtle neck	9	6.95	62.55
Bicycle water bottle set	6	7.95	47.70
"Electronic Oscar Junior" putting set	1	19.95	19.95
"Trappeur" contour foam	3	8.95	26.85
"Weider" body building set	1	12.95	12.95
2nd Shelf			
Men's t-shirts	25	1.75	43.75
Men's t-shirts	40	1.25	50.00
"Weider" hand grip	1	1.98	1.98
"Weider" exercisor	4	1.98	7.92
Head strap	3	4.00	12.00
Bicycle horn	5	2.95	14.75
Bicycle mirror	2	1.95	3.90
Bicycle speedometer	1	5.95	5.95
Bicycle speedometer	1	8.95	8.95
Bicycle speedometer (CCM)	1	14.95	14.95
Bicycle speedometer	4	10.95	43.80
Bicycle repair kit	30	1.00	30.00
Friction tape 2oz. (20 rolls/pack)	11	4.00	44.00
Bicycle lamp set	7	3.95	27.65
Bicycle stop lamp set	5	3.95	19.75
Bicycle air horn	6	1.50	9.00
Bicycle head lamp	2	1.25	2.50
Bicycle mirror	5	1.25	6.25
Bicycle mirror	7	1.50	10.50
Bicycle handlebar tapes & plugs	11	0.69	7.59
Zonas porous tape	51 rolls	0.25	12.75
	Brought forward		$25,429.76

Stock-in-trade

Group 14 (cont'd)

3rd shelf

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$25,429.76
"Tyrolia" Rocket 100 ski binding	17	13.50	229.50
"Tyrolia" Clix 90 ski binding	21	34.95	733.95
"Tyrolia" Clix 900 ski binding	2	34.95	69.90
"Tyrolia" 2000 ski binding	3	19.95	59.85
"Tyrolia" Clix 55 ski binding	17	19.95	339.15
"Tyrolia" 50 ski binding	26	8.95	232.70
"Tyrolia" Skimeister ski binding	7	19.95	139.65
"Salomon" S404 ski binding	4	44.95	179.80
"Toko" silicone spray	1	1.95	1.95
"Toko" boots wax	9	1.50	13.50
Ski lacquer	7	1.95	13.65
Ski spray wax	9	1.95	17.55
Ski lacquer	6	1.50	9.00
"Toko" silicone spray	19	1.95	37.05
"Tyrolia" lubricant	11	1.50	16.50
Boot wax	15	0.98	14.70
Leather sealer	3	1.50	4.50
"Toko" silver wax	11	0.50	5.50
"Toko" 1-2-3 wax	9	0.75	6.75
Bicycle lock	6	2.00	12.00
Bicycle twist grip cable	12	1.50	18.00
Bicycle chain 112 links	1	3.50	3.50
4th shelf			
"Ramy" up chute ski binding	16	45.00	720.00
"Ramy" Juno Tomi 2 ski binding	6	35.00	210.00
"Look" Nevoda ski binding	16	19.95	319.20
"Tyrolia" Jugend ski binding	6	14.95	89.70
"Skirite" product ski binding	3	12.95	38.85
"Ramy" Wiki ski binding	5	17.50	87.50
"Miller" no.17418 ski binding	1	25.95	25.95
"Miller" no.17416 ski binding	2	15.95	31.90
"Squaw Valley" ski binding	8	11.95	95.60
"Flex" no.2282E ski binding	13	10.95	142.35
"Cober" Reaktor ski binding	3	29.95	89.85
Broom bale	8	1.50	12.00
3 Speed cable	9	0.89	8.01
Group 15			
1st Drawer			
Assorted matchbox	30	0.75	22.50
2nd Drawer			
Fishing Nylon monofilament 8 lb.	20	0.70	14.00
Fishing Nylon monofilament 6 lb.	5	1.45	7.25
Fishing Nylon monofilament 15 lb.	3	1.10	3.30
Fishing Nylon monofilament 10 lb.	4	1.10	4.40
Fishing Nylon monofilament assorted	18	0.99	17.82
	Brought forward		$29,528.59

Stock-in-trade

Group 15 (cont'd)

2nd Drawer

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$29,528.59
Fishing Nylon monofilament 25 lb.	3	1.45	4.35
Veltic spinning lures	6	1.00	6.00
Veltic spinning lures	3	0.69	2.07
Veltic spinning lures	4	0.59	2.36
Veltic spinning lures	7	0.69	4.83
Veltic spinning lures	6	1.10	6.60
Veltic spinning lures	8	1.10	8.80
Fishing snelled hooks	64	0.25	16.00
3rd Drawer			
"Peerless" Peer Bam 1 fishing reel	6	7.00	42.00
"Peerless" Peer Bam 11 fishing reel	3	14.00	42.00
"Zebco" US76 fishing reel	2	6.00	12.00
"Zebco" 202 fishing reel	1	10.50	10.50
"Bamy" fishing reel	5	10.00	50.00
"Peerless" Bam 400 fishing reel	1	25.80	25.80
"Peerless" Bam 100 fishing reel	3	9.75	29.25
"Peerless" Bam 300 fishing reel	1	16.75	16.75
"Peerless" Bam 500 fishing reel	1	32.80	32.80
Pocket size stove	6	2.50	15.00
Dry fuel	6	1.25	7.50
Assorted fishing flies, hooks	lot	15.00	15.00
Swimming lures	3	3.65	10.95
Swimming lures	4	2.60	10.40
Swimming lures	1	2.40	2.40
Wobbler spoon	1	2.00	2.00

BASEMENT

Group C-1

Reeving machine eserciser	1	24.95	24.95
Ski racks assorted	6	19.95	119.70
Ski racks small (Baby Doll)	3	12.95	38.85
Group C-2			
Chest pull	1	5.00	5.00
Weider shoe chest pull	1	8.98	8.98
Weider crusher set	1	8.98	8.98
No, 209 DeLuxe Home Gym.	1	15.00	15.00
Isometric Exerciser	3	7.98	23.94
Punch-n-bag and stand	1	15.00	15.00
Assorted skateboard	9	2.00	18.00
Roller skates (rusted)	1	1.00	1.00
Junior bar bell set	2	19.95	39.90
Assorted Football shoes	16	19.95	319.20
Golf shoes	3	14.25	42.75
	Brought forward		$30,585.20

Stock-in-trade

Basement

Group C-2 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$30,585.20
"Gresvig" running shoes	2	10.00	20.00
"Daoust" boxing Books	1	10.00	10.00
"Daoust" bowling shoes	2	7.95	15.90
Fishing Tackle box	4	9.95	39.80
Royce bicycle baby carrier	2	16.95	33.90
Group C-3			
Assorted bicycle repair parts	lot	50.00	50.00
Bicycle bells	16	0.35	5.60
Assorted bicycle lamps	6	2.00	12.00
Bicycle claxons electric	3	2.95	8.85
Bicycle speedometers	6	3.95	23.70
Bicycle handles	18	0.50	9.00
Bicycle pedals	36	0.75	27.00
Bicycle baskets	4	1.00	4.00
"Flyte" cable covers	18	0.29	5.22
Bicycle air horn	1	0.98	0.98
Monster bike flaps	8	0.59	4.72
Motor Cycle mirrors	6	3.90	23.40
Toyo back mirrors	6	2.95	17.70
Bicycle luggage carrier	1	2.95	2.95
Bicycle pumps	8	2.95	23.60
Bicycle tool bags	26	1.49	38.74
Child flippers and mask	1	3.95	3.95
Bicycle wheel balancers	9 prs	4.95	44.55
Bicycle chain guard	7	1.95	13.65
Group C-4			
Bicycle sprocketts and nipples	lot	45.00	45.00
Boys ski boots (assorted)	6 prs	15.00	90.00
Men hockey boot and skates "CCM"	1	20.00	20.00
"Daoust" men ski boots	1	20.00	20.00
Ski text Book (Bonnet and Manoir)	1	13.00	13.00
Electric portable fan	1	12.95	12.95
Hockey trophy	1	5.00	5.00
"Zonas" porous tape 1" x 10 yds	12 doz	4.00/doz	48.00
Record ski-goggles	3	10.95	32.85
Pocket hand warmer	1	4.95	4.95
Assorted running shoes	10 prs	3.95	39.50
Motor gloves	2	1.95	3.90
Bicycle handlebags	3	4.50	13.50
Bicycle sissy bars	8	1.95	15.60
Track spikes	lot	25.00	25.00
Bicycle mud guard	10	3.50	35.00
Assorted bar bell weights	18	1.00	18.00
	Brought forward		$31,466.66

Stock-in-trade

Basement

Group C-5 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$31,466.66
Crow shooting decoys set	1	15.00	15.00
Canada Goose Decoy	6	3.00	18.00
Duck Decoys	9	3.00	27.00
Camp stove (alcool) & pans set	1	9.95	9.95
Halter-O-Sack	21	0.50	10.50
Winchester 22 magnum (50)	6boxes	3.85	23.10
Imperial 410 magnum (25)	1box	4.75	4.75
38 Smith & Wesson (50)	1box	5.00	5.00
30-06 Sprinfield SP. (20)	1box	5.00	5.00
Hope cleaner gun Pack	1	1.95	1.95
High school discos (3.9 lbs)	7	9.95	69.65
Jantzen swim trunks	6	5.00	30.00
Athletic shirts	22	2.95	64.90
White t-shirts	9	1.00	9.00
Assorted sun glasses	36	1.95	70.20
D&R athletic supports	210	2.00	420.00
Cooper athletic supports	16	1.25	20.00
Plastic poncho (9 year)	5	2.25	11.25
Group C-6			
Perolastic baby suits	108	4.50	486.00
Men swin flippers	1	6.00	6.00
Jantzen swimsuit tops	7	6.95	48.65
Jantzen swim trunks	5	6.95	29.75
Penman stretch thermo shirts	5	5.00	25.00
Trunk movel ski rack no.8525	5	15.95	79.75
Assorted Foot & Soccer balls	17	2.95	50.15
Assorted golf wood & iron	27	4.00	108.00
Ski rack for volkswagen	2	6.95	13.90
Water ski Glider	3	2.95	8.85
Water ski rope	1	5.95	5.95
Plastic repair kits	38	0.79	30.02
Assorted sweat shirts	7	1.49	10.43
Stretch ski pants	1	9.95	9.95
Terry cloth beach jacket	3	7.00	21.00
Group C-7			
Blents S-200 Camp cook stove	3	4.95	14.85
"Keds" frisbees	128	0.29	37.12
White shirts (approx.)	100	1.00	100.00
"Boot Ease" ankle savers	18	1.50	27.00
Safety hats	19	2.00	38.00
White t-shirts (knit to fit)	48	1.00	48.00
Thermo shirts (Harvey Wood)	9	1.50	13.50
Thermo combination (Harvey Wood)	15	1.50	22.50
Assorted after ski boots	5	10.00	50.00
Men "Nahanni" rubber boots	3	15.95	47.85
	Brought forward		$33,614.13

Stock-in-trade

Basement

Group C-7 (cont'd)

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$33,614.13
Shoe packs	1	4.95	4.95
Boys t-shirts (Penman)	144	1.29	185.76
Group C-8			
Assorted skis (used)	35	1.00	35.00
Plasco Hi-boy 24" Bicycle (new)	1	49.95	49.95
Boys 5 speed CCM bicycle 122-441 (new)	1	79.95	79.95
Group C-9			
Used Bicycles and parts	lot	100.00	100.00
Group 10			
Assorted ski binding and parts	lot	250.00	250.00
Assorted bicycle tires	109	2.95	321.55
Group C-11			
Cotton shorts	488	0.99	483.12
White t-shirts	317	1.29	408.93
"Cooper" BBG gloves	7	6.95	48.65
Wos. tennis slips	3	4.95	14.85
White tennis shorts	13	4.95	64.35
Wos. sport shirts	8	2.95	23.60
Group C-12			
Minnou baskets	2	5.00	10.00
Handing nets	3	4.00	12.00
Hoopla Hoops	30	0.50	15.00
Air matress	3	4.50	13.50
Towing bags (motocycle)	3	14.95	44.85
Rugby pants	11	4.95	54.45
Assorted motorcycle tires	16	2.50	40.00
Assorted motorcycle tubes	1	2.00	14.00
Assorted motorcycle back rests	4	7.95	31.80
Assorted motorcycle windshield	2	5.00	10.00
Assorted motorcycle saddle bags	3	34.95	104.85
Assorted motorcycle saddle bags	1	10.00	10.00
Red mastic tubes (golf)	144	0.20	28.80
Ski clips	785	0.25	196.25
Skates & Boots (used)	9/	--	20.00
Ski boots (used)	28/	--	
	Brought forward		$36,290.29

Stock-in-trade

Basement

Group C-13

Description	Qty	Unit Price	Total Price
	Carried forward		$36,290.29
Used hockey equipment	lot	25.00	25.00
Jogging Pants	10	4.00	40.00
Jogging jackets	13	5.00	65.00
Girls blue cotton gym. suits	55	2.50	137.50
Assorted t-shirts cotton sweaten	10	1.49	14.90
Assorted used hockey shirts	lot	N/V	N/V
Windbreakers samples and duffle coats wool	4	15.00	60.00

Group C-14

Golf ball retreiver	1	5.00	5.00
Split-kein skis (new)	1	20.00	20.00
Pack-Deck ski carrier (assorted)	5	5.00	25.00
Bat a Bird indoor game	2	12.95	25.90
Water ski	1	10.00	10.00
Teepe tent	1	5.00	5.00
Assorted ski poles	12prs	--	5.00
Arrows plastic tip	5	0.50	2.50
Field hockey sticks	8	3.00	24.00
		Total	$36,755.09

STORE EQUIPMENT & FIXTURE

STORE EQUIPMENT & FIXTURE

Item No.	Description	Qty	Unit Price	Total Price
S-1	Cloth rack	1	5.00	5.00
S-2	Fishing rod electric rack	1	10.00	10.00
S-3	Sweater rack	1	5.00	5.00
S-4	Hat rack	1	5.00	5.00
S-5	Wooden arm chair	5	3.00	15.00
S-6	Chrome arm chair	1	3.00	3.00
S-7	Metal ashtray	4	5.00	20.00
S-8	Mirror 20" x 60"	2	5.00	10.00
S-9	"Installa 5000" ski fixing machine	1	45.00	45.00
S-10	Aluminum ladder 8 feet	1	10.00	10.00
S-11	Air conditionner (small)	1	65.00	65.00
S-12	Round detective mirror	1	25.00	25.00
S-13	Wooden storage cabinet (3 drawers)	1	10.00	10.00
S-14	Wooden filling cabinet (4 drawers)	1	5.00	5.00
S-15	Metal cabinet 3 drawers & 1 door	1	15.00	15.00
S-16	Built-in wooden desk	1	10.00	10.00
S-17	Steno chair	1	8.00	8.00
S-18	Metal typewriter table	1	3.00	3.00
S-19	Fire extinguisher	1	5.00	5.00
S-20	National cash register with counter	1	50.00	50.00
			Total	$324.00

Bankruptcy Seminar
Montreal
November 23, 1973.

Working Notes on LANDLORD AND TENANT RIGHTS

J. Bernard Carisse, M.C.L.

Table of Contents

LANDLORD AND TENANT RIGHTS

	Page
INTRODUCTION	1
PART I - BANKRUPTCY OF A TENANT	5
Scope of Landlord's Rights in Tenant's Bankruptcy	5
Effect of Bankruptcy Upon Lease	8
Effects of Resolutory Clauses in Leases	9
Resolutory Clauses and Proposals	11
Sub-Leases	11
Trustee's Election	15
Trustee's Occupation of the Premises	17
Right to Sell Fixtures	24
PART II - BANKRUPTCY OF A LANDLORD	25
Introduction	25
Landlord's Disclaimer of Leases Prohibited	25
Registration of Leases Against the Landlord's Property	27
Trustee's Conduct of Landlord's Business	31
Right to Sell Fixtures	36

LANDLORD AND TENANT RIGHTS

INTRODUCTION

This paper deals with the Quebec Law of Landlord and Tenant as affected by the Bankruptcy Act.

The conflict which occurs between the interests of the landlord and the interests of the trustee creates numerous important problems.

> "On the one hand, the landlord is anxious to have his use of the premises disturbed as little as possible, he wishes to obtain the maximum amount of compensation for the disturbance which has occurred in the tenancy, and he wishes to be free to select a new tenant as quickly as possible. On the other hand, the trustee of the bankrupt estate desires to have the fullest possible use of the demised premises, he is anxious to dispose of the lease as an asset of the estate with a minimum of expense and without incurring personal liability, and he wishes to have the landlord's claim as a creditor against the estate restricted to a reasonable sum";
> --- L.W. Houlden, Q.C. (now Mr. Justice Houlden of the Supreme Court of Ontario) Bankruptcy of the Landlord or Tenant (1965) 7 CBR 113.
> "... Trustees have the very practical problem of trying to dispose of assets which may have very little value if sold separately, but which can

> fetch a much higher price if the bankrupt business is sold as a going concern capable of continuing operations. The duty of a trustee and the entire purpose of his liquidation of the assets is to obtain, as much as possible, to satisfy the claims of the mass of creditors...
>
> "A lease is frequently one of the most valuable of such assets, particularly when the movables and fixtures, e.g. in the case of stores, can only be sold profitably by the trustee as part of a going concern which will continue to operate in the leased premises";
>
> --- Claude-Armand Sheppard, Bankruptcy and Resolutory Clauses in Leases (1962) 22 R du B 452, at pp. 471 and 452 respectively.

The Bankruptcy Act itself says very little on the subject of landlord and tenant. The principal reason for this is that the law of landlord and tenant is a matter of provincial jurisdiction, and federal legislation, such as the Bankruptcy Act, affecting the rights of landlord and tenant as determined by provincial laws, is considered valid only to the extent that the provisions of the federal legislation are necessary for the conduct or implementation of matters within federal jurisdiction. That is to say, the Bankruptcy Act's provisions regarding landlord and tenant are valid only insofar as they are necessary for the proper administration of bankruptcies of either landlords or tenants, and the Bankruptcy Act, being federal legislation, will prevail over provincial legislation on the same subject-matter only to that extent:

--- In re Stober - Ex parte Mark Workman Investment Corporation (1923) 4 CBR 34 superseding (1923) 3 CBR 801.

Accordingly, Bankruptcy Act Section 117 acknowledges that "... the rights of landlords shall be determined according to the laws of the province in which the leased premises are situated", with two exceptions necessary for effective bankruptcy administration. These two exceptions will be discussed shortly. For the moment, it is sufficient to mention that, in accordance with Bankruptcy Act Section 117, the law governing landlord and tenant in the Province of Quebec is the Quebec Civil Code, Articles 1600 to 1665 inclusive. These provisions apply to bankruptcies of both tenants and landlords.

Accordingly, there must first be determined by the Civil Code and by the terms of the lease whether or not a lease exists, and what rights exist under such lease:

--- Re Plamondon - Marcotte v. Duquette and Rioux (1959) 38 CBR 200 at pp. 202, 203.

If, indeed, a lease does exist, then the rights accruing under such lease to one of the parties who has become bankrupt will be part of the "property of a bankrupt" as defined in Bankruptcy Act Sections 2 and 47, which pass to the trustee by virtue of Section 50(5). This in turn will determine whether or not the trustee has the right to exercise any of the following powers included in Bankruptcy Act Section 14:

"14. (1) The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things:

(a) sell or otherwise dispose of for such price or other consideration as the inspectors may approve all or any part

of the property of the bankrupt, including the goodwill of the business, if any, and the book debts due or growing due to the bankrupt, by tender, public auction or private contract, with power to transfer the whole thereof to any person or company, or to sell the same in parcels;

(b) lease any real or immovable property;

(k) elect to retain for the whole part of its unexpired term, or to assign, surrender, or disclaim any lease of, or other temporary interest in, any property of the bankrupt".

This means that, whether the bankrupt is landlord or tenant, if the terms of the lease or of the relevant provisions of the Quebec Civil Code did not confer upon the debtor before his bankruptcy, and consequently do not confer upon the trustee upon the bankruptcy, the kind of rights contemplated by Section 14, then the trustee will not be able to take advantage of the powers in Section 14. Section 14 is to be read subject to Section 117.

For the foregoing reasons, this paper must take the form of a discussion of the Quebec Law concerning Landlord and Tenant as varied by the Bankruptcy Act, rather than a discussion of the provisions of the Bankruptcy Act themselves.

Since bankruptcies of tenants are more common than bankruptcies of landlords, accordingly, this paper will consider first bankruptcies of tenants, and secondly bankruptcies of landlords.

PART I - BANKRUPTCY OF A TENANT

SCOPE OF LANDLORD'S RIGHTS IN TENANT'S BANKRUPTCY

Bankruptcy Act Section 2 defines a "secured creditor" as follows:

> " ' secured creditor ' means a person holding a ... privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor ...".

Quebec Civil Code Article 1619 gives the landlord a privileged right for recovery of rent in the following terms:

> "1619. The lessor has, for the payment of his rent and other obligations of the lease, a privileged right upon the movable effects which are found upon the property leased".

Article 1994(8) establishes the rank of the landlord's privilege among all the privileges upon movable property in Quebec Civil Law, and Article 2005 governs the duration of time over which the right of recovery of rent extends.

However, in Bankruptcy Act Section 107(1)(f), the landlord is treated as a "preferred creditor",whose rights are "subject to the rights of secured creditors".

The effect of this situation is that the landlord, given the status of preferred creditor in Section 107, thereby looses any status which the Quebec Civil Code may have given him as a secured creditor, and ranks in the order and to the extent over the bankrupt tenant's property prescribed by Section 107(1)(f), regardless of the Civil Code's provisions. This is because the establishment of an order of priority among creditors is considered to be a proper function of bankruptcy legislation, and whenever federal and provincial legislation conflict with regard to subject-matter relating primarily to bankruptcy, the

federal legislation prevails:

--- Attorney General for Quebec and Royal Bank of Canada v. Larue (1928) 8 CBR 579 affirming (1926) 7 CBR 285 which reversed (1925) 40 BR 561, which had affirmed (1924) 5 CBR 560.

--- In re Gingras Automobile Limitée - [1962] SCR 676 affirming [1961] BR 827.

--- Re Radioland Ltd (1957) 36 CBR 158.

--- Re Develox Industries Limited (No. 3) (1970) 15 CBR ns 18.

Because the landlord's rights are therefore "subject to the rights of secured creditors", his rights cannot conflict with those of secured creditors; he cannot contest the rights of other secured creditors to seize property over which he would have a lien or privilege for rent outside of the bankruptcy of the tenant, but is restricted to ranking as a preferred creditor for part of his claim, and as an unsecured creditor for the balance, by virtue of Section 107(1)(f) and Section 107(3):

--- Re Polycoating & Films Ltd (1964) 8 CBR ns 163 reversing (1964) 44 DLR (2d) 117.

There are several decisions often quoted to support the landlord's alleged rights as a secured creditor against other secured creditors, but they were all decided before the Supreme Court of Canada decided the Gingras Automobile case in 1962, based upon Section 117 as enacted in the present Bankruptcy Act in 1949, and are no longer applicable. Trustees should therefore not be misled on this point. For the record, those decisions are:

--- In re Spivack and Ettenberg (1927) 33 R.J. 118.

--- L'expansion Jeromienne Inc. v. Delma Plastics Ltd. and Banque Canadienne Nationale [1950] C.S. 326.

--- Re Alfandry Inc: Grobstein v. Peel Street Realties Ltd (1958) 36 CBR 85.

--- In re Bernard Hardware Co. (1936) 17 CBR 293.

There is a recent case which treated the landlord's claim as a secured claim - Re Fermo's Creations Inc. (1969) 10 D.L.R. (3d) 560 - but it should be noted that this case dealt with the Winding-Up Act R.S.C. 1970, c. W-10, which has no section corresponding to Bankruptcy Act Section 107. Therefore, this case does not apply in bankruptcy either.

For the same reason, all of the Civil Code provisions which purport to give the landlord's privilege priority over certain other privileges do not apply in bankruptcy.

All of the foregoing represents the effect of the two exceptions mentioned in Section 117 on which the Bankruptcy Act overrides the provincial law of landlord and tenants. The first exception relates to priority of ranking as provided by Section 107, which, as has been noted above, removes the landlord from the ranks of secured creditors and makes him a preferred creditor. This, in turn, explains the second exception in Section 117, namely that by virtue of Section 51(4) "any property of a bankrupt under seizure for rent ... shall ... be delivered forthwith to the trustee ... and, if such property or any part thereof has been sold, the money realized therefrom ... shall be paid to the trustee". This is clearly a consequence of the removal by the Bankruptcy Act of the landlord's right as secured creditor given to him by provincial law. Just as in the case of any other unsecured creditor, the landlord's proceedings against the debtor are stayed by bankruptcy, by virtue of Section 49(1) and Section 50(1).

Also, for the same reasons, by virtue of Section 49(1), the landlord has no right to seize any of the tenant's property from the trustee once bankruptcy has occurred.

However, as noted in Bankruptcy Act Section 117, all the other rights of landlords (and of tenants) are governed by the Quebec Civil Code. This paper will now turn to consider each of these rignts in detail.

As regards the priority of ranking of the landlord's claim in Bankruptcy Act Section 107, as well as the calculation of the extent of the claim, the reader is referred to the paper in this series entitled "Order of Priority in the Scheme of Distribution in Estates under the Bankruptcy Act" under the heading "Landlord's Claim for Rent".

EFFECT OF BANKRUPTCY UPON LEASE

Bankruptcy by itself does not automatically cancel the lease:

--- Robert v. Renzo [1947] CS 41.

--- Paul v. Mondou (1911) 13 RP 185, 187.

--- Naud v. Gravel (1901) 7 RJ 414.

--- Prize Realty Corporation v. Friedman and Lemay [1972] C.A. 286 at p. 293.

In order to cause bankruptcy to terminate a lease, there must be a clause to that effect contained in the lease.

Generally speaking, there are two kinds of such clauses.

The first kind provides that, in the event of bankruptcy of a tenant, a landlord, at his option, may cancel the lease and can resume possession of the leased premises immediately. Such a clause requires some positive act by the landlord, preferably notice in writing, opting to cancel the lease. As long as this option is not exercised, the lease subsists:

--- Prize Realty Corporation v. Friedman and Lemay [1972] C.A. 286 at p. 293.

The second kind of clause states that the bankruptcy of the tenant automatically terminates the lease and that the landlord can resume possession immediately. This kind of clause does not require the landlord to make any option to cancel the lease. It is commonly known as a "resolutory clause".

EFFECTS OF RESOLUTORY CLAUSES IN LEASES

Although resolutory clauses evidently conflict with the trustee's rights to dispose of all the assets, including the tenant's rights in the lease itself, such clauses are recognized as valid under Quebec law:

--- Re Plamondon - Marcotte v. Duquette and Rioux
(1959) 38 CBR 200.

In the Plamondon case, the court refused to follow two decisions which held that the Bankruptcy Act takes precedence over all provincial laws:

--- Fogel v. Grobstein and Liss (1945) 26 CBR 248

--- In re Daltners Limited (1948) 30 CBR 28

Both these decisions cite as authority for this proposition the decision of the Privy Council in the case of Attorney General for Quebec and Royal Bank of Canada v. Larue (1928) 8 CBR 579 affirming (1926) 7 CBR 285 which reversed (1925) 40 CBR 561, which had affirmed (1924) 5 CBR 560. However, what the Privy Council actually said, at 8 CBR 585 was that "... if and so soon as that enactment (i.e. the statute within the competence of the provincial legislature) comes into conflict with a Dominion statute duly passed under the authority of Section 91 of the (British North America) Act of 1867, then the Dominion statute prevails over the provincial legislation and takes effect according to its tenor". (Emphasis added by the author) That is to say, the Bankruptcy Act does not simply override any and all provincial

legislation, but only such legislation as comes within the "tenor" or purview of bankruptcy legislation within the limits of the authority given by the British North America Act. Accordingly, federal bankruptcy legislation does not affect all provincial landlord and tenant law, but only that part of provincial landlord and tenant law which conflicts with the law of bankruptcy administration. Both the Fogel and Daltners decisions therefore misapply the Privy Council decision, and it is submitted that both cases arrived at the wrong conclusion, and are therefore not applicable.

Therefore, if a resolutory clause causes the lease to terminate immediately upon bankruptcy, the trustee cannot acquire any of the tenant's rights in the lease under Quebec law, and consequently, he will not be able to exercise any of the powers conferred upon him in Bankruptcy Act Section 14(1)(k); that is to say, the trustee cannot elect to retain the lease, nor can he assign it to a prospective tenant. If the trustee ignores the resolutory clause, and attempts to assign the tenant's rights, the landlord will have the right to expel the prospective tenant from the premises:

--- Re Plamondon - Marcotte v. Duquette and Rioux
(1959) 38 CBR 200.

If the lease contains a clause allowing the landlord to terminate it at his option after bankruptcy, the same rules will apply. Moreover as long as the option has not been exercised, the trustee should notify the landlord of his intention to allow a third person to occupy the premises, and obtain the landlord's consent to such occupation; otherwise the landlord will be entitled to expel the third person:

--- Peladeau et Dupuis v. Bucoustsky (1959) 2 CBR ns 37.

In either case, the trustee will be held liable for all damages suffered by the prospective purchaser or the third person by reason of the trustee's breach of his contract with such persons.

RESOLUTORY CLAUSES AND PROPOSALS

When a debtor makes a proposal pursuant to Bankruptcy Act Section 32, and the proposal is accepted by the creditors and by the court, the debtor retains full civil capacity over the exercise of all his civil rights. For further discussion of this point, a reader is referred to the paper in this series entitled "Duties of a Trustee in a Proposal".

Accordingly, if the debtor's lease contains a clause stating that the lease will be terminated if the tenant-debtor makes a proposal, such a clause is illegal, and cannot be enforced by the landlord to evict the tenant-debtor, because a proposal "... approved by the Court (is) binding on all the creditors and the purpose of the Bankruptcy Act would be frustrated if the (landlord) were permitted to exercise the resolutory clause ...":

--- Drozinski v. Zemel (1954) 34 CBR 59 at p. 60.

SUB-LEASES

Strictly speaking, in order to be a landlord or a lessor in a lease, it is not necessary to be at the same time the owner of the premises to be leased, even though in practice, the landlord or lessor very often does own the building in which the premises are situated. This facility of being able to lease premises without owning them explains the power given to a tenant by Quebec Civil Code Article 1638. According to that Article, "the lessee has a right to sub-let ... unless there is a stipulation to the contrary".

For greater clarity in the discussion of sub-leases, the following terminology will be used:

"Head lease" means the principal lease between landlord and tenant;

"Landlord" means the lessor in the principal or head lease;

"Tenant" means the lessee in the principal or head lease;

"Sub-lease" means the lease between the sub-lessor and the sub-lessee, as opposed to the head lease.

"Sub-lessor" means the lessor in the sub-lease;

"Sub-lessee" means the lessee in the sub-lease.

It should be noted in the above definitions that the tenant in the head lease and the sub-lessor in the sub-lease are one and the same person, and the word used in this paper to describe this person will be varied as required to suit the needs of the relationship being discussed.

Generally speaking, a sub-lease is subject to practically all the rules governing principal leases, or as they are sometimes known, "head leases". Sub-leases are also subject to another rule because of their relation to head leases, namely, the rule that the accessory follows the principal, which in this case means that a sub-lease can last only as long as (or shorter than) the head lease by virtue of which the sub-lease is granted.

Therefore, because bankruptcy does not by itself cancel a head lease, it follows that bankruptcy does not by itself terminate the sub-lease.

An additional and more practical reason why bankruptcy will not cancel the sub-lease is that the sub-lessor's rights in the sub-lease, particularly the right to recover rent from the sub-lessee, and the right to assign his rights as sub-lessor in the sub-lease, are assets of the tenant/sub-lessor comprised within the property of the bankrupt divisible among his creditors pursuant to Bankruptcy Act Section 47(c) and (d):

--- In re Singer's Fit Rite Shoe Company Limited
(1922) 3 CBR 245 at pp. 249, 252, 253.

However, because of the rule that the accessory follows the principal, the sub-lease must be subject to the terms of the head lease, and will be controlled by those terms.

The general rule is that the termination of the head lease terminates the sub-lease at the same time:

--- General Industries Inc. v. Bellerose (1929)
47 BR 140 at p. 141 reversing
--- Séguier v. Dufresne (1922) 60 CS 525 at p. 526.
--- In re Eastern Nut Krust Bakeries Limited (1922)
2 CBR 215 at p. 218.

This means that if the head lease terminates by virtue of an automatic cancellation clause, or by virtue of the landlord's option given by a clause in the head lease, or by the trustee's disclaimer of the head lease pursuant to Bankruptcy Act Section 14(1)(k), the sub-lease will therefore be terminated. If such termination occurs, the sub-lessor will have breached his contract of sub-lease with the sub-lessee, with the result that the sub-lessee will be deprived of the right to use and

enjoy the sub-leased premises for the balance of the unexpired term. If the sub-lessee conducted a business on the premises, and the premises, by reason of their location, have goodwill, publicity and advertising value, the sub-lessee will also be deprived of these advantages by reason of the sub-lessor's breach. By virtue of Bankruptcy Act Section 95(1) the damages suffered by the sub-lessor would constitute a debt or liability "to which (the bankrupt sub-lessor) may become subject before his discharge by reason of any obligation incurred before the date of the bankruptcy" and consequently, would constitute a claim provable in bankruptcy for unliquidated damages:

--- In re Schulte - United Limited (1933) 14 CBR 391, confirmed by (1934) 15 CBR 520 reversing (1933) 15 CBR 54; trustee's application for leave to appeal to Supreme Court of Canada dismissed (1934) 15 CBR 533.

The damages will consist of the amount of the loss sustained by the sub-lessee and of the profit of which he has been deprived - Quebec Civil Code Article 1073.

If, on the other hand, the tenant/sub-lessor's trustee elects to retain the lease for the balance of its unexpired term, then, because the sub-lessor's obligations to the sub-lessee in the sub-lease are substantially the same as those of the landlord towards the tenant in the head lease, the trustee may find himself being obliged to perform landlord's duties towards the sub-lessee.

Bankruptcy Act Section 14(1)(k) does not give the trustee the right to terminate leases made by a bankrupt landlord prior to bankruptcy:

--- In re Palais des Sports de Montréal Limitée (1960) 1 CBR ns 260.

--- In re Cusson (1935) 17 CBR 103.

This section gives a right only to the trustee as against the person from whom the property was leased. Therefore, the trustee of the sub-lessor, having the obligations of the landlord toward the sub-lessee in the sub-lease,also cannot rely upon this section to terminate the sub-lease.

Consequently, the trustee may be faced with causing the estate to pay the administration expenses of fulfilling such obligations, or may even be faced with paying them personally if the assets of the estate are not sufficient to discharge such expenses. For a fuller discussion of the landlord's obligations which the trustee may find himself assuming in these circumstances, the reader is referred to Part II of this paper entitled "Bankruptcy of a Landlord". In any event, for the moment, it is sufficient to observe that such factors must be taken into consideration by the trustee in deciding whether or not to accept to act as trustee in the bankruptcy of the tenant/sub-lessor, which option is open to him by virtue of Bankruptcy Act Section 10(6), and if he does act as trustee, in deciding what election to make pursuant to Bankruptcy Act Section 14(1)(k).

TRUSTEE'S ELECTION

If the lease has no automatic resolutory clause, or as long as the landlord has not exercised an option to cancel the lease, or if the lease does not contain any such option, then, according to Bankruptcy Act Section 14(1)(k), the trustee may, with the permission of the inspectors, elect to do any one of the following:

(1) Retain the lease for the whole part of its unexpired term;

(2) Assign the lease to a prospective purchaser;

(3) Surrender the lease to the landlord with his consent;

(4) Disclaim the lease without the landlord's consent.

The last two options originate in the English Common Law, which accounts for their terminology, foreign to Quebec Civil Law. However, these rights nevertheless exist under the Bankruptcy Act Section 14(1)(k) for Quebec trustees. In practical terms, there is absolutely no difference between them:

--- In re Mussens Limited - Ex parte H.W. Petrie Limited (1933) 14 CBR 479 at p. 482.

"... In practically all cases, the trustee gives the disclaimer when he wishes to terminate the lease. The trustee should obtain the approval of the inspectors to any disclaimer or surrender of the lease ... In the ordinary case, a trustee, if he is unable to find a purchaser for the lease and no longer requires possession, obtains the approval of the inspectors to disclaim. A disclaimer is prepared ... and this is served upon the landlord ...":

--- L.W. Houlden, Q.C. (now Mr. Justice Houlden of the Supreme Court of Ontario) Bankruptcy of the Landlord or Tenant (1965) 7 CBR 113 at p. 125.

When the trustee gives a disclaimer, all the rights and obligations which he inherited from the bankrupt are at an end:

--- Cummer-Yonge Investments Limited v. Fagot (1965) 8 CBR ns 62 at p. 67.

In addition, and probably more importantly from the trustee's point of view, as long as the trustee elects to retain the premises, he will be personally liable for occupation rent. The disclaimer of the lease puts an end to this liability as well:

--- In re Eastern Nut Krust Bakeries Limited
(1922) 2 CBR 215 at p. 217.

TRUSTEE'S OCCUPATION OF THE PREMISES

Whether or not the lease is cancelled automatically upon bankruptcy, or by the exercise of an option granted to the landlord in the head lease, and whether or not the trustee validly elects to retain the lease for the balance of its unexpired term, as long as the trustee occupies the bankrupt tenant's premises, he will be subject to various obligations ordinarily imposed upon the tenant, in addition to his personal liability for occupation rent.

The trustee will not be held to be in occupation of the premises until after the inspectors of the estate have been appointed. The mere fact that the trustee takes inventory of the assets on the premises and disposes of perishable assets, as he is required to do by Bankruptcy Act Sections 12(2) and 12(7)(a) is not considered as occupation of the premises as long as the trustee does not attempt to carry on any business previously carried on by the tenant on the premises. Until the first creditors' meeting and the appointment of inspectors, the trustee is under the instructions of the official receiver, and apart from the emergency powers given to him in Section 12, he is powerless to act:

--- Rosen and Cohen v. Archambault (1959) 37 CBR 184.

--- Re Duplessis - Chatel v. Savage (1970) 15 CBR ns 270 at p. 272.

If, after the first inspectors' meeting, the trustee acts promptly to attempt to assign the lease to a prospective purchaser for the benefit of the creditors before disclaiming the lease, this also will not be considered as occupation:

--- Rosen and Cohen v. Archambault (1959) 37 CBR 184.

In the Rosen case, the court held, at page 186:

> "It is obvious that some period of time must be allowed to a trustee to 'turn around' in the liquidation of a bankrupt estate. It was reasonable for the trustee (the present defendant) to attempt to find out first whether it was possible to assign his right in the lease to a third party for the benefit of the creditors in general before surrendering the lease. A trustee cannot retain a lease indefinitely without becoming liable for occupation rent. The question is one of fact in the present matter; the Court is of the opinion that the trustee did not maintain his right in the lease any longer than was necessary to determine what should be done under the circumstances for the general benefit of the creditors.
>
> The Court is satisfied therefore that the plaintiffs have no claim against the trustee for occupation rent . . .
>
> "The contention that the trustee is personally liable for occupation rent has no foundation upon the facts of this case. He was not a party to the lease and the obligations thereunder were not his personal obligations. The argument that he had a right to accept or reject the position of trustee is of no importance in determining his liability.

> When a person becomes a trustee, he accepts the assets and liabilities of a bankrupt as they then exist, but by doing so he thereby assumes no personal liability for such liabilities. Whatever personal liability he may become subject to thereafter, depends upon the existence of subsequent acts which would create that liability. Certainly upon the evidence of this case, the Court is satisfied that the trustee could have no personal liability".

In this case, about five weeks transpired between the date of the bankruptcy and the date of the first inspectors' meeting, and a further five weeks transpired between the date of the inspectors' meeting and the date of the trustee's disclaimer. The Court dismissed an action against the trustee for occupation rent throughout the full ten weeks.

However, if the trustee does attempt to carry on the business of the bankrupt tenant, or stays longer than is necessary for the beneficial administration of the estate, the trustee will become liable for occupation rent from the date of the first inspectors' meeting, as noted above.

Occupation rent is not a debt of the bankrupt. The landlord need not prove a claim for it, because it arises after the bankruptcy, whereas claims provable in bankruptcy must have arisen from obligations incurred before the bankruptcy - Bankruptcy Act Section 95(1). Occupation rent is an administration expense, and as such, ranks ahead of all the other claims by virtue of Bankruptcy Act Section 107(1)(b)(i):

--- Re Duplessis - Chatel v. Savage (1970) 15 CBR ns 270 at p. 272.

The trustee is personally liable for the payment of occupation rent:

--- Re Duplessis - Chatel v. Savage (1970) 15 CBR ns 270 at p. 272.

--- Re Auto Experts Limited - Ex parte Tanner (1921) 1 CBR 418 affirmed by (1921) 3 CBR 591.

--- In re Parsons; Ex parte Scott (1924) 5 CBR 455.

--- In re Bigaouette (1922) 2 CBR 559.

--- Re Berinbaum: Finance & Industries Ltée v. Ettenberg (1925) 31 R du J 209.

The occupation rent is payable as it falls due, and payment cannot be delayed until the administration of the bankrupt estate is completed:

--- In re Bigaouette (1922) 2 CBR 559.

By virtue of Bankruptcy Act Section 107(2), the occupation rent must be paid as soon as funds are available for the purpose.

If the assets of the estate prove insufficient to discharge the trustee's liability to pay occupation rent, the trustee will have to pay out of his own pocket:

--- Re Duplessis - Chatel v. Savage (1970) 15 CBR ns 270 at p. 272.

--- In re Bigaouette (1922) 2 CBR 559.

Therefore, the trustee must protect himself beforehand by obtaining an indemnity from the creditors to cover at least this expense:

--- Re Duplessis - Chatel v. Savage (1970) 15 CBR ns 270 at p. 272.

--- In re Bigaouette (1922) 2 CBR 559.

--- In re Gump - Ex parte Tew (1921) 2 CBR 56.

The foregoing considerations should therefore be carefully weighed by the trustee before deciding whether or not to accept to act as trustee in the bankruptcy. This is because Bankruptcy Act Section 10(6) provides that:

"10(6) No trustee is bound to assume the duties of trustee in matters relating to assignments, receiving orders or proposals, but, having

accepted an appointment as such, he shall, until discharged or another trustee is appointed in his stead, perform the duties required of a trustee under this Act."

By virtue of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28,

"In any enactment 'shall' is to be construed as imperative".

Because of the provisions of Section 10(6), the trustee may find himself in the position where he could be forced to bear the expenses of a bankruptcy with limited assets or no assets at all. This has been expressly rejected by the Court as a valid ground for a trustee to refuse to continue acting in an estate:

--- Re Auto Experts Limited - Ex parte Tanner (1921) 1 CBR 418 affirmed by (1921) 3 CBR 591.

--- In re Gulf Sawmills Ltd (1922) 3 CBR 384.

--- In re Hoyt (1933) 14 CBR 486 at p. 489.

In addition to his obligation to pay occupation rent, if the head lease remains in force after the tenant has become bankrupt, then the trustee will also assume all the other obligations imposed upon the tenant by the Quebec Civil Code, such as using the thing leased "as a prudent administrator, for the purposes only for which it is designed and according to the terms and intention of the lease"(Article 1626 (1)) returning the premises to the landlord in the condition in which they were received, except for reasonable wear and tear (Article 1632), and allowing visiting for purposes of reletting the premises.

Some commercial leases particularly where the landlord is really only an investor, and not interested in equipping himself to manage the building in which the premises are located, accordingly shift to the tenant most or all of the obligations and expenses ordinarily assumed by landlords, with the single exception of the obligation to give the tenant peaceable enjoyment of the premises, without which the lease could not legally exist - Quebec Civil Code Article 1612(3). The reason why the landlord's ordinary legal obligations can be shifted to the tenant in this manner is because all the provisions in the Civil Code's Title "Of Lease and Hire", except the landlord's obligation to give peaceable enjoyment of the premises to the tenant (Article 1612(3)), are supplative, that is to say, the law supplies what it conceives to be proper provisions for a lease, to apply where the parties have not stipulated otherwise.

Such leases are commonly called either "net leases" or "net net leases". What the lease is called is relatively unimportant; but what is important is the extent of the usual landlord's obligations assumed under such leases by the tenant, and this can be determined only by reading each lease individually. Whatever those obligations are, the trustee will have to assume them.

In the case of In re Crystal (1926) 7 CBR 345, it was held that there is no liability on a trustee to perform the covenants agreed to in the head lease. However, this was an Ontario decision dealing not with the Bankruptcy Act, but with specific provisions of the Ontario Landlord and Tenant Act as they then stood, which bear hardly any resemblance to the present provisions of the Quebec Civil Code. This case is therefore not applicable in the Province of Quebec.

Therefore, for the same reasons as in the case of occupation rent, if the trustee has any intention of occupying premises held under a net lease or a net net lease, he should ascertain, before deciding whether or not to become trustee in the bankruptcy, whether the assets will be sufficient to defray the costs of fulfilling any of the maintenance obligations or other similar obligations undertaken by the tenant.

It should also be noted that should any damage occur on the premises for which a tenant would ordinarily be held liable, the landlord will have a claim against the trustee personally, and will not have to prove a claim in the tenant's estate, because by virtue of Bankruptcy Act Section 95(1) claims provable in bankruptcy must have arisen before the date of the bankruptcy, and claims arising from causes originating after the date of bankruptcy are not subject to the provisions of the Bankruptcy Act.

A lease may contain an express clause forbidding the holding of bankruptcy sales and auctions on the premises. If there is such a clause, it must be observed. Bankruptcy Act Section 14(1)(a), empowering the trustee to sell the assets of the bankrupt estate, must be read subject to the provisions of Section 117, with the result that, only if the terms of the lease are silent on the point can the trustee conduct his sale of assets on the leased premises; if the lease forbids the trustee to hold such sales on the premises, then Section 14(1)(a) cannot give him that right:

--- Re Plamondon - Marcotte v. Duquette and Rioux
(1959) 38 BR 200 at pp. 202, 203.

RIGHT TO SELL FIXTURES

Quebec Civil Code Article 1640 states the ordinary law regarding fixtures which the tenant may have placed within the leased premises, as follows:

> "1640. The lessee has a right to remove, before the expiration of the lease, the improvements and additions which he has made to the thing leased, provided he leaves it in the state in which he has received it; nevertheless if the improvements or additions he incorporated with the thing leased, with nails, lime or cement, the lessor may retain them on paying the value."

However, this provision of the Civil Code, is supplative.

In commercial leases, it is a common practice to stipulate that any improvements which are not easily removable, or removal of which would in any way damage or deteriorate the physical condition of the premises, become the property of the landlord at the termination of the lease without any compensation whatsoever.

Since the fixtures can often form a valuable part of the assets of the bankrupt tenant, whether for the purpose of sale of the fixtures alone to a prospective purchaser, or whether for the purpose of sale of the bankrupt tenant's business as a going concern, which sale would include the fixtures and an assignment of the tenant's rights in the lease, the presence or absence of such clauses in the lease will have an important determining effect upon the extent of the trustee's powers of realization as regards fixtures. The relevant clauses in the lease must therefore be examined in order to determine exactly what is the status of the

fixtures. If the lease is silent on the point, then Quebec Civil Code Article 1640 will apply so as to make the landlord owner of the fixtures upon paying their value. In such case, the trustee will not be able to sell the fixtures to another purchaser, because to do so would involve the illegal act of selling property over which the landlord would have title. If the lease contains a clause making the landlord owner without compensation, the same would apply. In the event that the trustee were attempting to sell the business as a going concern, all he could really transfer to a prospective purchaser would be a right to use the fixtures with the landlord's consent, but not ownership.

PART II - BANKRUPTCY OF A LANDLORD

INTRODUCTION

When a trustee administers the estate of a bankrupt landlord, not only will the property of the bankrupt landlord include physical property, consisting of the buildings within which the leased premises are situated, but also all the rights which the landlord may have in the leases of all his tenants, by virtue of Bankruptcy Act Section 47(c) (d).

For the purposes of this paper, it will be assumed that there are no secured creditors having any rights of realization to exercise in respect of buildings containing leased premises.

For a discussion of sale of the physical property, the reader is referred to the paper in this series entitled "Methods of Realization".

The purpose of the remainder of this paper will be to examine the trustee's dealings concerning the rights of the bankrupt landlord in his leases with all of his tenants.

LANDLORD'S DISCLAIMER OF LEASES PROHIBITED

Bankruptcy Act Section 14(1)(k), giving the trustee the power to elect to disclaim a lease, applies only to trustees of bankrupt tenants,

and not to trustees of bankrupt landlords, despite the wording of that section:

---In re Cusson (1935) 17 CBR 103.

The relevant portions of Section 14(1)(k) in this regard read as follows:

> "14. (1) The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things:
>
> (k) Elect to ... disclaim any lease of, or other temporary interest in, any property of the bankrupt".

At first glance, Section 14(1)(k) appears to refer to a lease granted by a landlord over the landlord's property. This is because the contract of lease requires for its formation two parties, namely, the landlord and the tenant, and therefore the tenant could not lease his own property to himself.

However, according to the Quebec Court of Appeal,

> "(Translation) . . . The legislator, for the benefit of the mass of creditors, has liberated the debtor from the largest possible number of obligations which could increase the debtor's liabilities. In the present case there is no such obligation. The rent payable .... is an asset of the estate ..... In the absence of any contrary provision, Section 14(1)(k) cannot be interpreted as giving the trustee the right to cancel a lease by the mere fact of bankruptcy ..... The trustee has only the rights which the landlord had ....." and immediate cancellation upon the landlord's banrkuptcy was not one of these rights.
>
> --- In re Palais des Sports de Montréal Ltée (1960) 1 CBR ns 260 at p. 262.

The court further pointed out that Section 14(1)(k) gave the trustee the power to make one of the following elections:

(1) Retain the lease for the whole part of its unexpired term;

(2) Assign the lease to a prospective purchaser;

(3) Surrender the lease to the landlord with his consent;

(4) Disclaim the lease without the landlord's consent.

The court noted that the first two elections could be said to apply equally to the landlord's rights or to the tenant's rights in the lease, but that the last two elections, by their nature, were powers exercisable only by tenants, and not by landlords. Taking into account the fact that, as mentioned above, the landlord's rights in leases constitute assets in his bankruptcy, and the fact that the purported exercise by a landlord of the last two elections would remove those assets from the estate, whereas it is the trustee's duty to realize upon those assets for the general benefit of the creditors, the court then held that, notwithstanding the use of Section 14(1)(k) of the words "property of the bankrupt" as defined in Sections 2 and 47(c) and (d), Section 14(1)(k) was meant to apply only to the rights exercisable by the trustee of a bankrupt tenant, and dismissed an action taken by a trustee of a bankrupt landlord for expulsion of a tenant based upon this trustee's purported disclaimer of the lease between the bankrupt landlord and the tenant:

--- In re Palais des Sports de Montréal Limitée (1960) 1 CBR ns 260.

REGISTRATION OF LEASES AGAINST THE LANDLORD'S PROPERTY

Therefore, at least initially, the trustee assumes all the landlord's obligations towards all his tenants, whatever those obligations may be under their leases.

Also, at least initially, if the trustee wishes to sell any building belonging to the bankrupt landlord containing premises leased by the landlord to one or more tenants, the sale will have to be made subject to the rights of all such tenants in such leases.

The next question which arises is the actual extent of the rights of the tenants, which in turn will depend upon the question whether or not their leases are registered against the official cadastral lots upon which are erected the buildings containing the leased premises, and even if the leases are registered, what terms the leases contain concerning the right of a purchaser of a landlord's building to expel the tenants from the premises before their leases expire.

This question is governed by Quebec Civil Code Articles 1663 and 2128.

Article 1663 provides the general rule that the tenant cannot, by reason of the sale of the building containing the leased premises, be expelled by a purchaser of the building before his lease expires. By exception, this Article further provides that, if the purchaser is to have the right to expel tenants upon acquiring the building from the landlord, he can do so only if the lease (not the deed of sale of the building) contains a special stipulation to that effect, and if the lease is registered.

Article 2128 contains a provision which appears at first glance to contradict Article 1663 at least in part. This article provides that where the lease is made for a term longer than 1 year, it must be registered in order to bind the purchaser and make him respect the right of the tenant to stay on the premises until the lease expires. If such a lease is not registered, it does not bind the purchaser, who may proceed to expel the tenant. This rule, however, does not apply to leases having a term of one year or less, with the result that the purchaser must respect such a lease whether it is registered or not. Since a purchaser may require vacant

occupation of the building to be sold by a trustee of a bankrupt landlord, it is important for the trustee to ascertain whether any of the leases made by the bankrupt landlord are binding upon him and the purchaser, or whether the leases can be safely disregarded. The following explanation will allay the confusion caused by the apparent contradiction between the two provisions mentioned above, and will assist the trustee in answering this important question. The trustee will have to examine each lease separately to determine within which of the following rules the lease falls, and consequently what effect it will have upon the trustee's projected sale of buildings containing premises leased by the bankrupt landlord.

If the lease has a term of one year or less, the tenant will not have to register the lease to protect his right to stay on the premises in the event of sale of the building, according to Article 2128, but the landlord will have to register a lease with a stipulation stating that the tenant may be expelled from the premises by any purchaser of the building, if it is the landlord's intention to have the facility of selling a vacant building during the term of the lease. Therefore, the following rules apply to leases having a term of one year or less:

(1) If the lease is registered and contains such special stipulation, the purchaser can expel the tenant (Article 1663); the stipulation could only have been included with the consent of the tenant, who thereby waives the protection given to him by Articles 1663 and 2128;

(2) If the lease is registered but does not contain such stipulation, the tenant is entitled to remain on the premises until the expiry of the lease; (Article 2128);

(3) If the lease is not registered at all, the tenant has the right to remain upon the premises until the expiry of the lease; (Article 2128);

--- Cloutier v. Dufresne (1924) 31 RJ 206;

--- F.X. St. Charles & Company v. Friedman (1914) 62 SCR 186 at p. 213 affirming (1913) 21 RL ns 96.

If the lease has a term of more than one year, the tenant, in order to protect himself against expulsion by the purchaser, must register a lease which does not contain any provision for expulsion of the tenant upon sale of the building containing the leased premises, and the landlord will have to register a lease with a stipulation stating that the tenant may be expelled from the premises by any purchaser of the building, if it is the landlord's intention to have the facility of selling a vacant building during the term of the lease. Therefore, the following rules apply to leases having a term of more than one year:

(1) If the lease is registered and contains such special stipulation, the purchaser can expel the tenant: (Article 1663);

(2) If the lease is registered but does not contain such stipulation, the tenant is entitled to remain on the premises until the expiry of the lease (Article 2128)

--- Choinière v. Gauthier (1928) 66 CS 286;

--- Rothenberg v. Frieberg and Pick [1958] CS 18 at pp. 20,21

(3) If the lease is not registered, the purchaser will be able to expel the tenant from the premises, (Article 2128)

--- F.X. St-Charles & Company v. Friedman (1914) 62 SCR 186 at p. 213 affirming (1913) 21 RL ns 96;

--- Les Investissements Rocan Inc. v. Palangio [1967] CS 636.

It must be observed that in the case of an unregistered lease having a term longer than one year, even though the purchaser has the right to expel the tenant from the premises, the tenant can nevertheless sue the seller of the property for damages which the tenant incurred by reason of the breach of his lease resulting from the purchaser's expulsion before the expiry of the term of the lease; these damages will not include rental paid by the tenant in his new premises:

--- Kramer v. Druck et Deseve (1919) 58 CS 435.

This means that the expelled tenant may hold the trustee liable for damages in such cases.

Such damages will constitute a claim provable in bankruptcy against the landlord's estate, pursuant to Bankruptcy Act Section 95(1) because the landlord becomes subject to liability for such damages by reason of the obligations in the lease incurred before the date of his bankruptcy:

--- In re Thompson Knitting Company - Ex parte Bever & Wolf (1924) 5 CBR 189 affirmed by (1925) 5 CBR 489.

However, in the case of a registered lease containing a clause empowering the purchaser to expel the tenant, the tenant does not have any right to claim damages from the seller (trustee), because the stipulation in the lease could only have come about with the consent of the tenant, and by such consent he would be deemed to have waived his rights to damages for expulsion.

TRUSTEE'S CONDUCT OF LANDLORD'S BUSINESS

Bankruptcy Act Section 14 empowers the trustee to carry on the business of a landlord in the following terms:

"14. (1) The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things:

(b) lease any real or immovable property;

(c) carry on the business of the bankrupt so far as may be necessary for the beneficial administration of the estate;

...".

In addition, Section 14 contains other powers incidental to the carrying on of the landlord's business, in particular, the following:

"14 (1) (d) bring, institute, or defend any action or other legal proceeding relating to the property of the bankrupt;"

"14 (1) (e) employ a solicitor or other agent to take any proceedings or do any business that may be sanctioned by the inspectors;"

"14 (1) (g) incur obligations, borrow money and give security on any property of the bankrupt by mortgage, hypothec, charge, assignment, pledge or otherwise, such obligations and money borrowed to be discharged or repaid with interest out of the property of the bankrupt in priority to the claims of the creditors."

Because the trustee must, between the date of the bankruptcy and the date of the sale, assume all the rights and obligations of the landlord in all leases of premises and buildings owned by the landlord, pursuant to Bankruptcy Act Section 47(c) and (d), the trustee will have to carry on the landlord's business of management and maintenance of the buildings in which the premises are located even if it is the trustee's intention to sell

the property as quickly as possible. As previously mentioned, the landlord may have been able to impose some or all of his usual legal obligations upon a tenant in a net lease or a net net lease, and therefore, the trustee will have to ascertain the full extent of the bankrupt landlord's obligations by examining each lease individually. For the moment, however, assuming that the landlord has assumed all of his usual obligations in a lease, the trustee will find himself obliged to attend to keeping the building in a good state of repair, cleaning, heating, air conditioning, plumbing, fire extinguishing systems, elevator service, snow clearing, and other incidental services and payment of insurance premiums. This will occur most commonly in leases of residential buildings. The trustee will also encounter such problems in commercial leases, and even where the leases are net leases or net net leases, the trustee may nevertheless find himself responsible for providing such services with respect to the "common areas" of commercial buildings, such as corridors, elevators, lobbies, building entrances and exits, and the like. If the trustee neglects the fulfillment of these duties, the trustee could be faced with legal proceedings by one or more tenants to rescind their leases, move out of the premises and recover damages - Quebec Civil Code Article 1641 - which would constitute a drain on the assets of the estate and drastically diminish the value of the buildings containing such leased premises, not to mention the loss of the landlord's rights in the leases themselves and the rentals accruing therefrom to the general benefit of the creditors.

Obviously, fulfillment of such obligations will involve the trustee in purchase of materials and hiring of services. Since the charges for such materials furnished and services rendered after the bankruptcy will not be claims provable in bankruptcy, according to Bankruptcy Act Section 95(1),

such claims will have to be paid when due and cannot be delayed until final distribution of dividends; moreover, the trustee will be held to be personally liable for the payment of all such charges, unless the contrary is proved:

--- In re Steven & Groff Lumber Company Limited (1925) 5 CBR 522 at p. 527, affirmed by (1925) 5 CBR 727.

--- In re Allied Oil & Gas Company Limited (1928) 10 CBR 69.

--- In re Duplex Construction Company - Ex parte Union Electric Supply Company Limited (1928) 10 CBR 411.

--- In re J.H. Smith & Son (1929) 10 CBR 393.

--- Grobstein v. Capra (1929) 11 CBR 250.

--- In re Landsman & Wexler (1937) 19 CBR 15.

--- Edwards v. Duclos (1939) 21 CBR 104 at p. 106, affirmed by (1940) 22 CBR 215.

Because all such expenses will be for the administration of the estate, they must be paid by preference, pursuant to Bankruptcy Act Section 107(1) (b) (i) and as soon as funds for that purpose become available, pursuant to Section 107(2).

The trustee would therefore be well advised, before deciding whether or not to accept the appointment of trustee of the estate of a bankrupt landlord, particularly in view of the provisions of Bankruptcy Act Section 10(6) obliging the trustee to finish the administration he begins in an estate, either to ascertain that the total value of the assets in the estate are sufficient to cover all his expenses and fees, or to obtain from the creditors an indemnity for all such expenses which he may incur, and

a guarantee of payment of his fees:

--- In re Auto Experts Ltd - Ex parte Tanner
(1921) 1 CBR 418 affirmed by (1921) 3 CBR 591.

--- In re Gulf Sawmills Ltd (1922) 3 CBR 384.

--- In re Hoyt (1933) 14 CBR 486 at p. 489.

If, for any reason, the trustee, once having accepted to act in the estate of a bankrupt landlord, finds that the fulfillment of the landlord's obligations has become more onerous than he originally anticipated,the trustee can avail himself of several means to avoid his personal liability. As previously mentioned, the trustee bears personal liability unless the contrary is proved; if he can prove otherwise, only the estate will be liable for the payment of the administration expenses in carrying on the landlord's business, and the trustee will avoid personal liability.

One way to avoid personal liability is to have the inspectors adopt a resolution specifically exempting the trustee from personal liability:

--- Edwards v. Duclos (1939) 21 CBR 104, affirmed by (1940) 22 CBR 215.

Where the trustee has been relieved from personal responsibility by resolution of the inspectors, he should make this fact clear to any one with whom he contracts for goods or services to be used in the carrying on of the bankrupt landlord's business, and should even insist on the insertion in such contract of notification that the liability will be borne by the bankrupt estate, and not by himself personally:

--- In re Steven & Groff Lumber Company Limited
(1925) 5 CBR 522 at p. 527, affirmed by (1925) 5 CBR 727.

--- In re Allied Oil & Gas Company Limited (1928) 10 CBR 69.

--- In re J.H. Smith & Son (1929) 10 CBR 393.

Another method of avoiding personal liability is to take advantage of the protection accorded to a trustee carrying on the business of a bankrupt by Bankruptcy Act Section 15(5), which reads as follows:

> "15. (5) A trustee is not under obligation to carry on the business of the bankrupt where in his opinion the realizable value of the property is insufficient to protect him fully against possible loss occasioned by so doing and the creditors or inspectors, upon demand made by the trustee, neglect or refuse to secure him against such possible loss."

RIGHT TO SELL FIXTURES

Quebec Civil Code Article 1640 states the ordinary law regarding fixtures which the tenant may have placed within the leased premises, as follows:

> "1640. The lessee has a right to remove, before the expiration of the lease, the improvements and additions which he has made to the thing leased, provided he leaves it in the state in which he has received it; nevertheless if the improvements or additions he incorporated with the thing leased, with nails, lime or cement, the lessor may retain them on paying the value."

However, this provision of the Civil Code, is supplative.

In commercial leases, it is a common practice to stipulate that any improvements which are not easily removable, or removal of which would in any way damage or deteriorate the physical condition of the premises, become the property of the landlord at the termination of the lease without any compensation whatsoever.

The lease must be examined in order to determine exactly what is the status of the fixtures. If the lease contains a clause making the landlord owner without compensation, then the trustee is free to sell the fixtures as part of the property of the bankrupt landlord. If the lease is silent on the point, then Civil Code Article 1640 will apply so as to make the landlord or his bankrupt estate owner of the fixtures upon paying their value. The trustee must determine in each case the profitability of such a transaction.

Bankruptcy Seminar
Montreal
November 23, 1973.

Working Notes on METHODS OF REALIZATION OF BANKRUPTCY ASSETS

L. Claude Mercure, C.A.

TABLE OF CONTENTS

METHODS OF REALIZATION OF BANKRUPTCY ASSETS

	PAGE
INTRODUCTION	1
FLEXIBLE PROCEDURE	1
CONTROLS TO PROTECT RIGHTS	3
PROTECTION OF VARIOUS RIGHTS BEFORE PROCEEDING TO SALE	6
SCHEME OF THIS PAPER	11
SPEEDY DISPOSAL OF ASSETS	12
SALES WITHOUT THE PERMISSION OF THE INSPECTORS	15
TRUSTEE AND INSPECTORS MUST ACT IN GOOD FAITH	16
THERE MUST BE NO CONFLICT OF INTERESTS	18
SALES TO PERSONS RELATED TO THE DEBTOR	26
OTHER PERSONS NOT PERMITTED TO PURCHASED	30
SALE VALID UNLESS IRREGULARITY PREJUDICIAL	31
PRACTICES IN REALIZATION	31
PRIVATE SALE	32
INTRODUCTION	32
PRIVATE SALE - PRACTICES APPROVED BY THE COURTS	32
--- Private Sale Approved - Price Satisfactory to Creditors	32
--- Private Sale Approved - Urgent Disposal of Goods	33
PRIVATE SALE - PRACTICES DISAPPROVED BY THE COURTS	33
--- Private Sale Disapproved - No Fixed Price	33
--- Private Sale Disapproved - Consideration Other Than Cash	35
--- Private Sale Disapproved - Really a Proposal to Creditors	37
--- Private Sale Disapproved - Participation by Shareholders in Dividends	37
SALE BY TENDER	38
INTRODUCTION	38
SALE BY TENDER - PRACTICES APPROVED BY THE COURTS	40
--- Sale by Tender Approved - Proper Use of Reserve to Reject Bids	40

PAGE

--- Sale by Tender Approved - Accepting Firm Bid Over Higher Conditional Bid 42
--- Sale by Tender Approved - Acceptance of "Reasonable" Price 44

SALE BY TENDER - PRACTICES DISAPPROVED BY THE COURTS 44

--- Sale by Tender Disapproved - Last-minute Bids or "Shopping Against Tenders" 44
--- Sale by Tender Disapproved - Improper Use of Reserve to Reject Bids 46
--- Sale by Tender Disapproved - Acceptance of Bid Not Conforming to Call for Tenders 48
--- Sale by Tender Disapproved - Short Notice for Bidding 48
--- Sale by Tender Disapproved - Tender With No Fixed Price 49
--- Sale by Tender Disapproved - Submitting Tenders Via Inspectors 49
--- SALE BY TENDER - PROPER PROCEDURE WHEN ALL BIDS ARE UNSATISFACTORY 50

SALE BY AUCTION 51
NEW RULE 109 53

--- Introduction 53
--- Contents of the Notice 54
--- The Reasons For Notice 54
--- Procedure Upon Receipt of Bids 57
--- Object of Rule 109 58

SELECTED SPECIAL PROBLEMS IN REALIZATION 59
ASSIGNMENT OF LEASES, FRANCHISES, ETC. 59
ACCOUNTS RECEIVABLE 60

--- Introduction 60
--- Trustee's Legal Warranty 60
--- Excluding Warranty as to Solvency 62
--- Executing the Sale 62

LIFE INSURANCE POLICIES 63

--- GENERAL RULES APPLICABLE ACROSS CANADA 63
--- Who is Owner or Policy Holder 63
--- Rights of Owner or Policy Holder 63
--- When Owner is Bankrupt 63
--- Cash Surrender Value May be Asset of Bankrupt Estate 64

PAGE

--- Where No Beneficiary Named 64
--- How to Realize 64
--- Where Beneficiary is Bankrupt 65
--- Special Protection for Immediate Family of Insured 65
--- SPECIAL PROVINCIAL RULES 66

SPECIAL PROVISIONS REGARDING SALES OF REAL ESTATE IN THE PROVINCE OF QUEBEC 67

--- Introduction 67
--- Hypothecs and Privileges 68
--- Speedy Realization 69
--- Conditions for Granting of Trustee's Application 70
--- Problems in Applying Common Law Concepts in Quebec 71
--- Rights of Hypothecary and Privileged Creditors in Private Sales 72
--- Rights of Hypothecary and Privileged Creditors in Sale by Auction 73
--- How the Bankruptcy Act Protects Their Rights 73

METHODS OF REALIZATION OF BANKRUPTCY ASSETS

INTRODUCTION

The most important duty of the trustee is the realization of the assets and the distribution of the proceeds thereof to the creditors.

The Bankruptcy Act generally gives to the trustee the widest possible powers over recovery of the assets of a bankrupt, including powers of search and seizure, and examination of the bankrupt and persons connected with the bankrupt and his affairs, and provides the utmost flexibility in allowing the trustee to proceed in the most expeditious and businesslike and least costly manner possible to salvage some return from the bankrupt estate for the creditors. The Bankruptcy Act adopts the same sort of attitude towards realization of the assets of the bankrupt estate.

Almost from the time when the predecessor of the present Bankruptcy Act came into force in 1920, the courts have consistently maintained this flexible attitude towards bankruptcy administration, and one court expressed the reasoning behind this approach as follows:

> "... This is a commercial Act, the administration of which, in the first instance, is largely in the hands of businessmen: and technical objections should not be given effect to beyond what is necessary for the interpretation of the Act according to the true meaning and intent thereof and to avoid an injustice (Section 84-now section 157(9))";
>
> --- In re McCoubrey (1924) 5 CBR 248 at p. 252.

FLEXIBLE PROCEDURE

Indeed, on the whole question of realizations, the Bankruptcy Act is very brief, and sets down very few requirements as to method. The essential provisions are found in Section 14 as follows:

> "14(1) The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things;

> (a) sell or otherwise dispose of for such price or other consideration as the inspectors may approve all or any part of the property of the bankrupt, including the goodwill of the business, if any, and the book debts due or growing due to the bankrupt, by tender, public auction or private contract, with power to transfer the whole thereof to any person or company, or to sell the same in parcels;...
>
> (k) ... assign... any lease of, or other temporary interest in, any property of the bankrupt; ...

(2) The permission given for the purposes of this section is not a general permission to do all or any of the above mentioned things, but is only a permission to do the particular thing or things that the permission specifies".

To enhance the flexibility which the trustee needs in order to deal with the assets, the Bankruptcy Act has other provisions to assist and protect him in the efficient handling of the assets, as follows:

(1) For the purpose of realizing on the property of the bankrupt, a trustee has power to act as such anywhere (Section 12(6));

(2) The trustee may, when necessary in the interest of the estate, summarily dispose of property which is perishable or likely to depreciate rapidly in value (Section 12(7)(a));

(3) In the case of an emergency where the necessary authority cannot be obtained from the inspectors in time to take appropriate action, the trustee may obtain such legal advice and institute such legal proceedings and take such action as he may deem necessary in the interest of the estate (Section 12(9));

(4) A trustee may apply to the court for directions in relation to any matter affecting the administration of the estate of a bankrupt (Section 16(1));

(5) As long as the trustee acts prudently in respecting the title of other persons to property found in the possession of the bankrupt, the trustee is not personally liable for any loss or damage arising from the seizure or disposal by the trustee sustained by any person claiming the property or an interest therein (Sections 58, 59(4) and 186).

CONTROLS TO PROTECT RIGHTS

However, while the Bankruptcy Act places few controls upon the procedure or method of realization, the Act does impose certain controls before actual realization begins, in order to protect

(1) the interests of the mass of creditors collectively that they obtain the highest possible return on the realization at the lowest possible cost,

(2) the interest which parties other than the trustee and the bankrupt may have in the property,

(3) the interests of prospective buyers of such property, in order to ensure that they be dealt with fairly, and

(4) the public interest in the sense that business activity generally ought to be carried on with full protection, not only as regards the relations between the creditors, the prospective buyers and the trustee in any single estate, but rather among all such parties in all estates.

The provisions governing such matters are as follows:

Section 94(8) Where there are no inspectors or where the inspectors fail to exercise the powers conferred upon them, the trustee shall call a meeting of the creditors for the purpose of appointing inspectors or substituting other inspectors, taking such action or giving such directions as may be necessary.

Section 94(9) The trustee shall in the administration of the property of the bankrupt and in the distribution thereof among his creditors have regard to any directions that may be given by resolution of the creditors at any general meeting or by the inspectors, and any directions so given by the creditors shall in case of conflict be deemed to override any directions given by the inspectors.

Section 94(11) No inspector is, directly or indirectly, capable of purchasing or acquiring for himself or for another any of the property of the estate for which he is an inspector, except with the prior approval of the court.

Section 94(10) The decisions and actions of the inspectors are subject to review by the court at the instance of the trustee or any interested person and the court may revoke or vary any act or decision of the inspectors and it may give such directions, permission or authority as it deems proper in substitution thereof or may refer any matter back to the inspectors for reconsideration.

Section 19 Where the bankrupt or any of the creditors or any other person is aggrieved by any act or decision of the trustee, he may apply to the court and the court may confirm, reverse or modify the act or decision complained of and make such order in the premises as it thinks just.

As regards sales by tender in particular, Rule 109, introduced by Order in Council no. P.C. 1973-710, 27 March, 1973, SOR/73-169, Canada Gazette, 11 April, 1973, Part II vol. 107 no. 7, p. 796 sets down special rules which were intended to protect all these convergent interests.

However the trustees in general have found that the practical application of Rule 109 (formely Bulletin 12) has resulted in frequent disadvantages to various estates:

1. The presence of bidders at the opening of bids prevents all possibilities of further negotiations with the highest bidder in order to maximize the realization.

2. The statutory 15% deposit is too high when applicable to real estate and too low when applicable to movable assets.

3. Due to the fact that the rule sets down precisely the amount of the liquidated damages in cases where the bidder withdraws his bid, this precludes any further recourses against the said bidder should the subsequent resale bring about a loss greater than the amount of the deposit.

4. The Rule does not permit a deposit in cash.

5. Unlike Bulletin 12, the Rule does not prescribe that the opening of bids should take place at the precise time fixed for the closing of bids.

The purpose of this paper will be to cover all aspects of realization:

--- the measures a trustee must take to ensure that he does, indeed, have the right and title to sell or dispose of property found in the bankrupt's possession;

--- the steps the trustee must take to ensure that whatever he sells does not fall into the hands of certain disqualified persons whose participation in the sales of bankrupt assets render the sales vulnerable to deep suspicion by the creditors and by the public;

--- the economic and the legal "facts of life" of the three kinds of sales permitted by the Bankruptcy Act;

--- descriptions of the various practises connected with such sales which have either been approved of or disapproved of by the courts; and

--- methods of realization which do not involve sale of assets at all, but rather involve the direct exercise by the trustee of the debtor's rights of action (Section 47(d)) for the benefit of the mass of creditors collectively.

PROTECTION OF VARIOUS RIGHTS BEFORE PROCEEDING TO SALE

The duty to liquidate the assets must be based on the power to do so. That is to say, the trustee must not only be allowed to sell, but he must first have title to these assets as fully as an owner or proprietor in order to able to give of his own accord a good legal title to the purchaser.

According to the Section 47 of the Bankruptcy Act,

> "47. The property of a bankrupt (as defined in Section 2 under the heading "property") divisible among his creditors ... shall comprise
>
> (c) all property .... of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and
>
> (d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit".

In this section, "property of a bankrupt" therefore means property to which the bankrupt has legal title, and the powers exercisable by the debtor before bankruptcy by virtue of that legal title would involve the right to alienate such property, that is to say, to divest himself of the legal title, and transfer that complete legal title to another person. However, it is a fundamental principle of law that a person can transfer title only if he has that title in

the first place. That is to say, if he does not have the legal title, he cannot transfer it. Or, to put in more ordinary parlance, he can give away only what belongs to him, and not what belongs to someone else.

When, pursuant to Section 50(5) of the Bankruptcy Act, upon bankruptcy, "... a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property....", and the trustee takes possession of the property, pursuant to Section 12(2), and the power and capacity to dispose of or otherwise deal with such property passes to and invests, in the trustee, pursuant to Sections 47(d) and 50(5), this means that the trustee receives only such powers as the bankrupt had, and no others. The trustee cannot acquire what the bankrupt does not have. Consequently, if any of the property in the possession of the bankrupt is under any kind of restriction regarding the right to transfer title, the trustee will also be subject to that restriction:

--- In re Wilson, Stackhouse and McArthur (1926) 7 CBR 437.

Section 50(5) expressly recognizes this in subjecting the transfer of the bankrupt's rights to other provisions of the Bankruptcy Act and to the rights of secured creditors. What this means in practical terms for the trustee is that the Bankruptcy Act protects the rights of persons having title to property which is in the physical possession of the bankrupt, and that the trustee is bound to assure himself by various means provided in the Bankruptcy Act that any and all property he finds in the possession of the bankrupt is in fact owned by the bankrupt under proper legal title, and that if he finds that the bankrupt had either no title or only a restricted title to any of the property in his possession, the trustee must see that such property is returned to its rightful owner or to the person in whose favour the restriction upon title has been created, before proceeding to realization, that is to say, before attempting to transfer title over such property by selling it.

Ordinarily, a claimant asserting a right of ownership over property found in the bankrupt's possession will file a proof of property claim under Section 59(1) and Rule 92.1, using Form 51.1.

If the trustee has any reason to suspect that some of the property found in the bankrupt's possession belongs to someone else,even though no claim has been filed, Section 59(4) gives the trustee the power to give notice in writing using Form 44 to whoever the trustee believes owns such property to prove a claim over such property, and if, after fifteen days from mailing that person has not filed that proof of claim over such property, the trustee may then obtain leave of the court to sell or dispose of the property free of any lien, right, title or interest of that person thereon or therein. If the trustee follows this procedure conscientiously, he will be able to avail himself of the protection given to trustees by Section 58, which is designed to cover the situation where the trustee could be taken by surprise by a claim over property asserted after the trustee has realized upon the property in question. Section 58 authorizes the court to award damages against the trustee for loss or damage suffered by the claimant as a result of seizure or disposal of property belonging to the claimant when the trustee has been guilty of negligence with respect to his duties in relation to the property. The negligence referred to in that section refers to the failure of the trustee to take the simple precautions provided for him in Section 59(4). Therefore, the relatively simple and inexpensive expedient of sending a notice to prove a claim and the motion to the court for leave to dispose of property with clear title can save the trustee a great deal of time and potential trouble;

--- In re Bergevin (1936) 18 CBR 396 at p. 398.

If the trustee sells goods belonging to a property claimant, the property claimant will be entitled to the proceeds of the sale of such goods in full, and not merely to rank among the other creditors for distribution in the proceeds in realization;

--- In re Potter (1922) 2 CBR 443;

--- In re Iberville Furniture & Applicances Co. Ltd; Grobstein v. Facto (1956) 4 CBR ns 36.

If the proceeds of the sale are less than the value of the goods sold, then the claimant may be entitled to be paid the value, and not merely the proceeds of the sale;

--- Gagnon v. International Business and Machines Company Limited (1925) 8 CBR 113.

If the trustee has notice of a claim by a property claimant, and proceeds nevertheless to dispose of the property claimed, he is guilty of negligence and may be personally liable to pay damages to the claimant, as well as the costs of the claimant's proceedings:

--- In re Lemieux and Copping Motor Distributors Limited (1921) 1 CBR 464.

If the debtor, before his bankruptcy, gave to another person a valid and binding option or right of prior purchase, then the trustee must take the property subject to that option or right of prior purchase, and any attempt by the trustee to sell such property must follow the terms of the option, that is to say, the optionee's right must be dealt with first;

--- In re Lake Shore Motor Inc: Asselin v. Geoffrion (1955) 35 CBR 92.

Ordinarily, when a trustee sells property in realization, the law imposes upon the trustee the obligation to warrant title, that is to say, to guarantee to the purchaser that the trustee has the right and the power to pass title, because the title is completely valid in the first place, and to guarantee that because the title is valid, nobody can assert any right of title against the purchaser over the property and deprive the purchaser thereof;

--- Johnstone Fabricators Ltd. v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. (1964) 7 CBR ns 22;

--- Beland v. Alarie [1953] BR 513.

However, a trustee may, by an express clause contained in the contract of sale, exclude his ordinary obligation of warranty of title, and if he does, he is relieved from this kind of guarantee:

--- Beland v. Alarie [1953]BR 513.

The practice of excluding warranty of title, as well as other warranties, such as warranties that goods are of merchantable quality or that the goods are free from defects, is strongly recommended.

A simple clause in the contract of sale excluding warranty, as well as a condition in the contract that the property purchased is taken "as is and where is", are both simple expedients to avoid the waste of a great deal of time and trouble.

The foregoing remarks apply not only to claimants asserting rights of ownership, but to other persons, such as secured creditors, holding liens or charges against individual items among the property of the bankrupt, which liens or charges entitle them to recover the property for purposes of their own realizations for recovery of the claims secured by such liens or charges.

A lease is sometime considered a charge upon the property leased. For a discussion regarding the trustee's rights over property under lease, the reader is referred to the paper in this series entitled "Rights of Landlords and Tenants".

When dealing with secured creditors, if the trustee thinks that there is an equity for the estate, the procedure he must follow is that set out by Section 99 of the Bankruptcy Act, namely, to demand that the creditor file with the trustee an affidavit stating therein full particulars of his security or securities, the date when his security was given and the value at which the creditor assesses each security, and if the trustee is satisfied with the value given by the secured creditor, the trustee may then redeem the security on payment to the secured creditor of the debt or of the value of the security as assessed by the secured creditor. Where the trustee is dissatisfied with the assessed value, or where the secured creditor has been unco-operative in furnishing the trustee with information as to the exercise of his rights, then the trustee may require that the property comprised in security be offered for sale at such time and on such terms and conditions as may be agreed on between the creditor and the trustee, or as, in default of such agreement, the court may direct (Section 100(1)). If the trustee does not follow the

procedure prescribed in Sections 99 and 100,and nevertheless proceeds to sell the property, he will be liable to damages for depriving the secured creditor of the use of the property under lien during the time of wrongful possession by both the trustee and the purchaser, and to all proper costs and expenses incurred by the secured creditor by reason of the wrongful acts of the trustee;

--- In re Hancock: Ex parte Spraggett (1952) 32 CBR 96.

SCHEME OF THIS PAPER

Throughout the rest of this paper, when dealing with the methods of realization, two assumptions will be made regarding the title to property sold by the trustee;

(1) that the trustee had valid title to begin with, having verified same for his own protection, and

(2) that the trustee has taken advantage of the additional protection of expressly excluding warranty in the contracts of sale.

Having satisfied himself that he has clear title over property of the bankrupt to transfer to prospective purchasers, the trustee will next direct his attention to deciding in conjunction with the inspectors of the estate what is the best method of disposing of the assets and to obtain the inspectors' authorization for the specific transaction contemplated in their deliberations.

In the interests of attaining the objectives of the Bankruptcy Act of expeditious administration of estates and attempting as far as possible to mitigate the creditors' losses in bankruptcy, the courts have developed various guidelines for the conduct of the inspectors, the creditors as a whole, and the trustee. At the outset, these guidelines may appear to be somewhat abstract, but this should not deter the reader. The decisions of the courts regarding the various types of sales, the commercial practices surrounding them, and the resolution of the many opposing interests involved in each particular realization rest largely upon the circumstances of each particular case. However, the courts begin the consideration of the solutions for the problems at hand with the general guidelines to be explained shortly.

The exposition of this topic is something of a vicious circle, in that the practical solutions cannot be understood without the guidelines, nor are the guidelines significant in a practical sense without understanding the precise practical situations to which they relate. It has therefore been considered preferable to extract from the numerous decisions on this topic the bases common to them all, before proceeding to enter into the mass of detail contained in all the various situations explored by the courts. As the reader proceeds through the practical applications, he will begin to acquire a "feel" for the guidelines, by appreciating with more or less precision what the guidelines mean in various situations which have arisen.

SPEEDY DISPOSAL OF ASSETS

It is in the interest of the creditors that the assets should be disposed of as speedily as possible;

--- In re Stober: Trustee v. Mark Workman Investment Corporation (1923) 3 CBR 801 at p. 804; interim order superseded on ground of constitutional invalidity of statutory provision upon which application was based, (1923) 4 CBR 34;

--- In re Eastern Paper Company Limited (1923) 3 CBR 722 at p. 723;

--- In re Ashcroft Steel Co. Ltd: Bissell & Bissell Ltd. v. Friefeld (1962) 5 CBR ns 239 at p. 248;

--- Re Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 CBR ns 158 at p. 162.

Consequently, the courts will refuse to permit the administration of a bankrupt estate to be retarded by the inaction of the creditors or of the inspectors whom the creditors appoint as their agents for the administration of the estate.

Accordingly, where the trustee was unable to convene a first creditor's meeting for lack of quorum, and this situation persisted for two years after the receiving order was made against the bankrupt, the Ontario Court of Appeal ordered the trustee to call a meeting of creditors in which those present at such meeting, even though their number did not form a quorum, would constitute a meeting of creditors at which all usual business of the first meeting of creditors could be validly conducted;

--- Re Cheerio Toys & Games Ltd. (No. 2) (1972) 27 DLR (3d) 24 affirming (1971) 15 CBR ns 77.

The Quebec Superior Court went even farther when faced with a similar situation. Here, the trustee was unsuccessful in obtaining a quorum after five efforts within the space of two months. He had received several offers to purchase property of the bankrupt, the best of which had a very short deadline for acceptance. The court stated that it would not allow the offer to expire simply because the creditors would not bestir themselves to attend a meeting, and authorized the trustee to accept the best offer;

--- In re Lajoie [1971] C.S 464.

In another case before the Quebec Superior Court, where the creditors had held a first meeting, and none of them was willing to act as inspector, the court granted permission to the trustee to accept an offer to purchase property of the bankrupt, sympathizing with the creditors for their lack of interest in the estate because, owing to the low return which they could expect, any further participation beyond the first creditor's meeting would have been a waste of time;

--- In re Masson et Masson: Gingras v. Patry [1972] C.S. 634.

The court in the Lajoie and Masson cases rejected the procedure adopted by the court in the cases of Re Lemay et Rainville [1970] C.S. 328 and In re Filteau (1922) 3 CBR 669, where the court refused to grant direct authorization to the trustee to sell property of the bankrupt, holding that in the absence of the inspectors, the trustee had to obtain the authorization of the creditors and not of the court. In the Masson case the court said, at p. 636;

> "(Translation)... the court must take into consideration that offers to purchase are urgent matters and their benefit can be lost by delay. Moreover, it is very difficult to put into operation the mechanism for the holding of a general meeting of creditors, especially in a bankruptcy in which the creditors show so little interest that none of them will agree to be appointed inspector...".

For the same reasons, the court will authorize the trustee to sell property of the bankrupt, when he has obtained the authorization of the inspectors, even though legal procedings are pending to determine the legality of the votes recorded at the creditor's meeting at which the inspectors were declared elected, the legality of the election of inspectors, the legality of the election of the chairman of the meeting and the legality of the chairman's ruling;

--- In re Eastern Paper Company Limited (1923) 3 CBR 722 at p. 723

The court will not tolerate any attempt by the debtor to delay a sale of assets, where the debtor proposes,as an alternative to the sale, arrangements the outcome of which is uncertain , or where the debtor's actions are obstacles to the trustee's efficient realization;

--- In re Stanford's Limited (1932) 13 CBR 400;

--- Dufour v. Dufour [1955] RL 35;

--- In re Niagara Crushed Stone Limited (1961) 2 CBR ns 271.

Since it is the duty of the inspectors to administer the estate in the best interests of the creditors whom they represent, the court will not permit the inspectors to delay unduly the trustee's efforts at realization;

--- Re Compads Limited:Dumas v. MacLean (1943) 25 CBR 31 at p. 33;

--- Re Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 CBR ns 158 at p. 163.

SALES WITHOUT THE PERMISSION OF THE INSPECTORS

While Section 14(1)(a) allows the trustee to sell property of the bankrupt with the permission of the inspectors, departure from this ordinary rule will not necessarily invalidate a sale, as long as the circumstances of the sale warrant such departure. The permission referred to in Section 14(1)(a) is not required to give to the trustee the legal capacity to sell. This capacity belongs to him automatically upon bankruptcy by virtue of Section 50(5). The reason the inspectors' permission is required is to protect the estate as between the trustees and creditors as to costs;

--- Duncan and Honsberger, Bankruptcy In Canada 3rd ed. Toronto, 1961, p. 112 and cases there cited.

Section 12(9) provides that;

"12(9) In the case of an emergency where the necessary authority cannot be obtained from the inspectors in time to take appropriate action, the trustee may obtain such legal advice and institute such legal procedings and take such action as he may deem necessary in the interests of the estate".

Accordingly, before inspectors were appointed, the court authorized the trustee to accept an offer for a seat in a stock exchange belonging to the bankrupt;

--- In re Thornton Davidson and Company (1920) 1 CBR 383.

In the case of Re Eagle Transport Limited (1969) 13 CBR ns 102, the trustee was appointed in a receiving order made on 8 April, 1969. Immediately after his appointment, the trustee took urgent steps to find a purchaser for the only asset of the estate, namely, "running rights" for a trucking company in the province of Saskatchewan, which normally expired on 30 April each year, if they had not been renewed beforehand. Thus, if anything was to be realized from the sale of these running rights, the sale had to be conducted promptly, The trustee proceeded with this sale in due time on 24 April, 1969. He proceeded to hold the first meeting of creditors in the estate on 12 May, 1969. At that meeting, he presented all the facts regarding his activity in completing the sale of the running rights. The creditors ratified the sale at their first meeting. The court dismissed a subsequent application by a creditor who had in fact moved the approval of the sale, holding that the creditor had not proved that the sale as conducted was opposed to the interests of the estate.

In the case of Re Pachal's Beverages Limited (1969) 13 CBR ns 160, the trustee acted in a similar manner, but the sale of the assets in this case was not as urgent a matter as it was in the Eagle Transport case. When the creditors at the subsequent first meeting approved of the trustee's actions, the court dismissed an application by a creditor to set aside the sale.

The foregoing does not, however, give the trustee a carte blanche to ignore the inspectors, or to disregard their instructions. If the trustee has a bona fide disagreement with the inspectors, the proper procedure for him to follow is to apply to the court for review of the decision of the inspectors with which he disagrees; (Section 94(10)).

TRUSTEE AND INSPECTORS MUST ACT IN GOOD FAITH

Generally speaking, the trustee and the inspectors must act in good faith in the interest of the creditors. The Bankruptcy Act leaves the control of the estate up to the inspectors, with an alternate supervisory power in the court, but the court will not use this power to interfere with the inspectors as long as they are acting in good faith;

--- In re Assaf and Dabous (1926) 7 CBR 689 at p. 691;

--- In re Goldberg (1927) 8 CBR 463 at p. 464;

--- In re Feldman (1932) 13 CBR 313 at p. 314 affirming (1931) 13 CBR 95;

--- In re E.J. Callaghan Limited (1932) 13 CBR 356 at p. 358;

--- In re Amca Mines Limited (1938) 20 CBR 1 at p. 3;

--- In re J.L. Jacobs & Company Limited (1941) 22 CBR 208 at p. 215;

--- In re Niagara Glen Products Limited (no 1) (1950) 31 CBR 6 at p. 8;

--- In re Niagara Glen Products Limited (no 2) (1950) 31 CBR 10 at p. 12, affirmed by 31 CBR 14;

--- Dufour v. Dufour [1955] RL 35 at p. 41;

--- In re Lake Shore Motor Inc: Asselin v. Geoffrion (1955) 35 CBR 92 at p. 95;

--- Re Robinson (1956) 14 CBR ns 157;

--- In re Fero (1958) 37 CBR 179;

--- In re Windsor Shoe and Slipper Co. [1960] C.S. 347;

--- In re Canadian Aluminum Window Co. Ltd. (1961) 3 CBR ns 300 at p. 301;

--- In re Niagara Crushed Stone Limited (1961) 2 CBR ns. 271 at p. 275;

--- Re Eric Petersen Construction Limited (1966) 9 CBR ns 158 at p. 162;

--- Re Eagle Transport Limited (1969) 13 CBR ns 102 at p. 103;

--- Re Pachal's Beverages Limited (1969)13 CBR ns 160 at p. 163;

--- In re Ayotte & Freres Inc. [1973] C.S. 551 at p. 554.

The trustee is not merely the servant of the inspectors; he is expected to use independent judgment as a reasonable businessman would, and need not necessarily follow the instructions of the inspectors when he feels that the decision is not in the best interest of the estate in favor of which his trust is established. The trustee or any other interested person may ask the court to review the decisions and actions of the inspectors (Section 94(10)):

--- In re Goldberg (1927) 8 CBR 463 at p. 464;

--- In re Niagara Glen Products Limited (1950) 31 CBR 6 and 31 CBR 14 at p. 17;

--- In re Jenny Lind Candy Shops Limited (1939) 21 CBR 182 at p. 187;

--- In re Barnard (1939) 20 CBR 337 at p. 338.

Of course, where the trustee engages in proceedings in such matters which are not in the best interests of the estate, he can be condemned personally to pay all costs of the proceeding:

--- In re Perusse (1925) 7 CBR 166 at pp. 176, 179.

Also, where any creditor or any other person or the bankrupt is aggrieved by any act or decision of the trustee, that person may apply to the court for review of the trustee's act or decision (Section 19). (It ought to be noted in passing that if anyone wishes to exercise a recourse against a trustee other than to obtain a change in an act or decision of the trustee, such as

an action for damages caused by such act, whether or not it is possible for the court to change it, such person must first obtain leave of the court to sue the trustee (Section 186). This would include an action for damages pursuant to a trustee's failure to act, since Section 19 requires an act or decision to have been made which the court can then review.)

In proceedings under either Section 19 or Section 94(10), the burden is upon the applicant to prove that there was bad faith, or fraud, or collusion on the part of the inspectors or the trustees, in order to persuade the court to interfere in the decisions or actions taken by these parties. See the cases cited above.

THERE MUST BE NO CONFLICT OF INTERESTS

The courts have shown themselves to be very zealous in the protection of the interests of the creditors generally where the inspectors, or any of them, have a private interest in obtaining, or helping someone else to obtain, a low price on the assets, conflicting with the interest confided in them by the creditors of obtaining the highest possible price under the circumstances. This arises through the discretion given to the court by Section 94(11), governing sales to inspectors in particular, which reads;

> "94(11) No inspector is, directly or indirectly, capable of purchasing or acquiring for himself or for another any of the property of the estate for which he is an inspector, except with the prior approval of the court".

The court has granted leave to the inspectors to purchase assets of the estate where the trustee could not obtain any other offer to purchase mortgaged property which would have left an equity for the estate;

--- In re Gulf of St. Lawrence Shipping and Trading Company (1921) 2 CBR 214.

A court has also reluctantly approved a sale to an inspector authorized by a majority composed by other inspectors;

--- In re Lincoln Floral Company Limited (1940) 21 CBR 325.

In the case of Ross v. Necker (1948) 29 CBR 1, varied as to quantum of damages by 29 CBR 175, modifying [1947] BR 401, the trustee of a bankrupt company which had its head office in Montreal had to sell property belonging to the company situated in Jamaica. The inspectors passed a resolution purporting to empower the trustee to sell such property, drafted in the following terms;

> " To proceed to Jamaica as rapidly as possible, to there judge the situation by himself and take on the spot all decisions, steps and actions which in his absolute discretion may appear proper; specifically empowering him to enter into any and all agreements with the Government of Jamaica or any department thereof, or the Admiralty, with any and all banks, trust companies, corporations, partnerships, firms or persons whatsoever, whether by way of sale, purchase, guaranty, exchange, or otherwise whatsoever and on such terms, stipulations, conditions and for such considerations as he in his absolute discretion may deem advisable, and that, without in any way limiting the generality of the foregoing, specially to dispose of all or any part of the undertaking of the Société in Jamaica to such person or persons as he may deem proper for such consideration or terms as he may judge proper, further authorizing the said trustee to do all and every of these acts, things and deeds either personally or by representatives and attorneys duly appointed by him, and generally and without limitation to do, perform and execute or cause to be done, performed and executed in Jamaica and or in reference to the Société's Jamaica contracts and undertakings and commitments every act, agreement and transaction that the company itself might do if not in bankruptcy either through its Board of Directors or in annual or special general meeting of shareholders".

The day following the passing of this resolution, the trustee obtained court approval for it, and subsequently went to Jamaica to sell the properties. The purchaser had been an inspector of the bankrupt estate. Upon the trustee's return to Montreal, he held a meeting of inspectors, informing them that copies

of the agreement of sale would be forwarded to them for their perusal. Six months later, a second agreement was executed varying the terms of the first agreement. This second agreement was mentioned to the inspectors for the first time nine months after its signature. Several years later, the purchaser sued the trustee for the annulment of the contract of sale. The court set aside the agreement on the following grounds;

(1) The resolution by the inspectors purporting to authorize the trustee to sell the properties to the inspector did not conform to what is now Section 14(2) in that its terms did not give specific permission for the sale, but was drawn in the most general of terms;

(2) the court which had approved the broadly worded general resolution was in error in doing so, and should not have approved it because it was not specific;

(3) what is now Section 94(11) requires the prior approval of the court for any sale to an inspector, and the "prior approval" means the approval of only a resolution giving specific powers, and since in this case there was no court approval of a resolution giving specific powers, there was no prior approval as required;

(4) that in any event, the general authorization could not be construed as a permission to sell to an inspector of the estate, since a resolution of the inspectors could not authorize the trustee to perform an act prohibited by the Bankruptcy Act.

In the case of Re Van Damme (1924) 5 CBR 225, one of the inspectors of the bankrupt estate had acted as a solicitor to the bankrupt in the settlement of her late husband's estate. Because of her financial difficulties, she was unable to pay the solicitor's bill for services rendered. The solicitor then paid another party the sum of $500.00 to get that party to persuade the widow to make an assignment in bankruptcy. When she did so, the solicitor managed to get himself elected as an inspector. The solicitor/inspector planned to have his father buy certain land owned by the bankrupt, and for this purpose obtained the assistance of another inspector by offering to release that inspector from

certain debts owing to the solicitor. Together, they conspired to obtain information about a competing bid on the property. The solicitor's plans succeeded, and the property was sold to his father. It was proved that, in a conversation among the inspectors held shortly after the sale, the solicitor had boasted that he had obtained "a good bargain" and on resale would manage to cover his claim for his fees for services rendered. Upon learning of this, the debtor applied to the court to have the sale annulled and the inspector removed from the estate. The court granted both demands, holding that, from the moment when the sale by the trustee was proved to have been made indirectly to an inspector without the prior approval of the court, the sale was null and void.

In the case of In re H. Packer & Son Ltd. (1936) 17 CBR 207, one of the inspectors was the president of a company which was a creditor of the bankrupt. This inspector was not a creditor in his own name. The trustee sold assets to the creditor company in question without obtaining the prior approval of the court. Another bidder succeeded in having the court annul the sale on the ground that the sale had really been made to this inspector purchasing for another person, in contravention of what is now Section 94(11).

Even where the inspector does not actually purchase assets from the estate, his conduct must not be influenced by the interest of other purchasers as against thos of the creditors. If he has any such interest, it is his duty to disclose this to all the other inspectors when they are considering a sale of assets, so that their deliberations are made upon full disclosure of all such facts. In the case of In re E.J. Callaghan Limited (1932) 13 CBR 356, the trustee had received only one tender for the purchase of the book debts of the bankrupt for the price of $650.00. The tender had been submitted by a nominee of one of the clients of the estate solicitor. The estate solicitor did not divulge this fact to the other inspectors. They accepted the offer to purchase, and instructed the estate solicitor to execute the formal assignment documents. However, from the time the agreement was reached, all the book debts belonged to the successful bidder, and before the assignment had been formally executed, the estate solicitor collected $1,000.00 on the book debts. Sometime later, when the trustee was preparing to submit his accounts to the court for taxation, he had to make a motion to compel the estate solicitor to deliver certain documents for this purpose. During the proceedings of that motion, the relationship between the estate solicitor and the bidder was revealed. A new meeting of inspectors was

called, at which all the facts were finally disclosed. Basing themselves upon the full disclosure, the inspectors ratified the sale. The court held that because in the final analysis, the inspectors had approved the sale upon full disclosure of the facts of the relationship between the and the estate solicitor, the sale was made in good faith and the court gave its approval.

In the case of In re Dorfox Upholstering Company (1941) 22 CBR 300, the court annulled a resolution by the inspectors accepting the lower of two bids where it was proved that the true reason for the decision was the fact that one of the inspectors was favoring one of his largest clients.

In the case of In re Fentiman (1926) 7 CBR 355, one of the inspectors was a solicitor for the bankrupt's landlord. The landlord wanted to purchase the assets of the estate and credit his claim against the sale price. The amount of the claim was in dispute. The inspectors authorized the sale of the assets to the landlord. The court annulled the sale of the assets to the landlord, holding that the decision of the inspectors had been vitiated and rendered null and void by the participation of the landlord's solicitor having conflicting interests. The court said that the solicitor "... was thus placed in the dual and inconsistent position of solicitor of the claimant and an inspector of the estate; on the one hand he was bound to get the best terms he could for his client, and on the other his duty was to keep his client's claims within the narrowest limits and do the best he could for the estate. There was thus a conflict of duties, and in the circumstances ... he was disqualified from acting as referee, and consequently any decision he gave in the circumstances is null and void".

It is the duty of the inspectors to act in the interest of all creditors, and not merely in favor of specific groups of them. This will apply even where the inspectors are trying to save a certain group of the creditors from unusually severe economic hardship.

In the case of In re B. Ling & Sons Ltée (1940) 22 CBR 63, the inspectors accepted an offer which would have paid nothing to the unsecured creditors over an offer which might have paid them 4 cents on the dollar. The only reason given for this decision was that the inspectors were all citizens of

the town where the debtor company had its plant, and they feared that the closing of the debtor's plant,which would have come about had they accepted the higher bid, would have done considerable damage to their town. The court found there was no factual proof of the basis for such fear, and annulled the sale.

The cases of In re Niagara Glen Products Limited (1950) 31 CBR 6, 10 and 14 also involved an issue of economic importance to a large group of creditors. In this bankruptcy, sixty percent of the liabilities were owed to fruit growers in the district where the bankrupt company had operated, and the other 40 percent was composed of other trade creditors. The board of inspectors reflected this division; three of them represented fruit grower creditors and the other two represented the other trade creditors. The principal asset for sale was a canning plant operated by the bankrupt company.

The three inspectors representing fruit grower creditors wanted to accept a bid of $20,000.00 dollars from a young businessman having no experience in the canning industry. The other two inspectors wanted to accept a bid of $24,000.00 from a person having a long experience in the canning industry.

The inspectors representing the fruit grower creditors had taken this course of action because they were apprehensive of two things. In the first place, the higher bidder had a farm 15 miles from the bankrupt's place of business where he proposed to build a similar canning plant. His plan was to purchase the bankrupt's plant, keep it for one year, and then resell it to the wife of one of the executives of the bankrupt company, who had already failed twice in the canning business, and therefore the creditors feared that they would experience yet a third failure in the industry. In the second place the higher bidder had a farm of his own; he would not purchase from the fruit grower creditors. On the other hand, the lower bidder would buy from the fruit growers, and in addition would give to the fruit growers the service of accepting fresh fruit for marketing, thereby giving the growers an outlet for their fruit in addition to the canning which the lower bidder proposed to carry on.

Since the higher bid would have produced a greater yield for the estate, the trustee did not favor the action of the majority of the inspectors, and applied to the court for directions. The court stated, at page 8,

> "...it will be seen that the motive of the three inspectors (representing the fruit growers) was, while not fraudulent or in bad faith, something else than for the good of the estate. They were acting in the interest of themselves and others in a like position as to the future without regard to the realization by the trustee. The object of a sale, however, is to do the best possible for the creditors as a body and not for any one group...."

In the meantime, the lower bidder had offered to match the higher bid. The court ordered the trustee to call together the inspectors of the estate within five days to reconsider the offers and any other offers that may have come up in the meantime, and that new tenders by any former tenderer could be received up to the time of the meeting, and that the trustee follow the instructions of the majority of the inspectors with respect thereto. The trustee was to informally advise each of the present tenderers that they could make a new tender if so advised. If the offers were, more or less, equal, then discretion could be exercised by the inspectors, but if one offer remained substantially larger than the others, say about $1,000.00 or more, then it would be the duty of the trustee and the inspectors to accept the largest offer.

The trustee held a new meeting, but there was no change in the position of the inspectors. The trustee made a second motion for directions.

On this new motion for directions, the court held as follows;

> "In this case, there is no fraud, butit is a case where the majority of the inspectors are acting rather in their own interest than in the interest of the creditors whom they represent, and not in the interest of the general body of the creditors who have the right to secure the largest possible dividend. Therefore, to that extent ... there

> is bad faith in the majority of the inspectors, particularly in not complying with the positive directions .... in the previous judgment. They are acting not in the best interests of all the creditors, but with an eye to the selfish interests of those of whom they represent. As a fact, they, as inspectors, should represent all interests involved.
>
> "...while as a rule, the court should leave matters to the majority of the inspectors ... this case is one that demands the interference of the court in favour of the higher offer..."

The court of appeal upheld this decision, saying;

> "...while an inspector is doing no more than his duties to protect the interests of the class of creditors that he represents, by seeing that no unfair advantage is taken in realizing upon and distributing the proceeds of the debtor's estate, it is a quite different matter when an inspector uses his position to obtain an advantage for his particular class of creditors at the general expense of all the creditors...".

Where the true issue as between the majority of inspectors accepting a low bid and a minority willing to accept a higher bid was the acquisition of the assets by the majority inspectors through nominees, the sale was annulled;

--- In re Atlantic Felt Inc: Goldsmith and Co. Ltd. v. Druker (1961) 3 CBR ns 318.

Where the trustee himself appears to have some interest in the sale of the property, the sale will be annulled. Thus, where a contract was entered into between the trustee and a prospective purchaser which did not mention a specific price for the assets, but rather left it to be determined upon a proportion of the total claims of the unsecured creditors, after having made provision to pay to the trustee "a sufficient sum to pay all the costs, fees

and disbursements of the trustees, as well as all legal fees and disbursements incurred by the trustee ", the court held that this agreement took away from the court the right to supervise the remuneration of the trustee, and that the amount remaining to pay the dividend had to depend on what sum was to be paid to the trustee , and that this placed the trustee in the position where his own interest was in direct conflict with the interests of the ordinary creditors - a situation which the law does not tolerate;

--- In re Thompson Cadillac Mining Corporation (1943) 24 CBR 270 at pp. 275, 279.

SALES TO PERSONS RELATED TO THE DEBTOR

In 1966, Sections 3 and 4 dealing with related persons were added to the Bankruptcy Act mainly with the object of preventing persons related to the debtor either from acquiring assets of the debtor prior to his bankruptcy to the prejudice of the creditors, or to share in the distribution by making exorbitant claims against the estate and influencing the administration by reason of the voting the power which would ordinarily would be accorded to such claims, to the prejudice of all the other creditors.

Prior to 1966, however, the courts had, on their own initiative, and without the assistance of any specific statutory provision, been solicitous of the protection of the interests of the mass of creditors against attempts by persons related to the debtor to obtain the assets of the debtor at ridiculously low prices upon realization, with the probable intention of returning those same assets to the bankrupt debtor so that he could, after discharge, return to the same business, or, if he dared to, carry on business with those assets under another name during his bankruptcy. Such sales were annulled by the court. This would probably still apply today, even though no statutory provision has yet been enacted to cover this specific situation.

In the case of First Mortgage Co. v. Noud [1925] 4 DLR 221, the facts were as follows:

The plaintiff company was controlled by the wife of a bankrupt. The bankrupt had a claim against another party for $16,000.00. The trustee, with the consent of the inspectors, assigned the claim to the plaintiff company for $250.00. The reason for so doing was that the trustee did not wish to be responsible for costs if the claim failed. The result of the action, if it had succeeded, would have meant that the bankrupt's wife, acting through her control of the plaintiff company, would recover the claim, rather than the creditors. The plaintiff company proceeded to sue on the claim. The action was dismissed as being fraudulent, the court holding, at page 222 that this "...is not a sale which the statutes authorize the trustee to make, even with the consent of the inspectors, as it is only in the event of the recovery by the company that the creditors could obtain only a fraction of the amount, whereas they ought to receive the whole of it, and this, assuming that the company did not at once distribute the whole amount recovered to the shareholders and thereby defraud the creditors. If it were otherwise, it is obvious that a bankrupt could by such a process, re-acquire his property from a blind or collusive trustee. In other words, the statute authorizes only a genuine, and not a thimble-rigging or colourable sale....".

In the case of In re J.L. Jacobs & Company Limited (1941) 22 CBR 208, the court very reluctantly approved a sale to the president of the bankrupt company at what was conceded to be a satisfactory price, which would have yielded 50¢ on the dollar, where the assets sold consisted of winter clothing which had to be disposed of early in the winter season to avoid a sharp drop in price.

In the case of In re Waterhouse: Imperial Bank of Canada v. Barber (1921) 1 CBR 485, where the president of the bankrupt company attempted to buy through a nominee, the court annulled the sale, commenting at page 487:

> "it is most important that it should be understood that the Bankruptcy Act is not intended to be a means by which bankrupts, or the directors and shareholders of a bankrupt company, can absolve themselves from liability and repossess the property

> at a price which they may dictate to their creditors. It must also be borne in mind that where inspectors are appointed to represent small claims ,great care should be taken to see that the rights of those more largely interested are not sacrificed to the mere weight of numbers".

In the case of In re Minden's Limited: Ex parte Sapera Brothers Limited (1933) 14 CBR 395, the voting control over the inspectors was practically in the hands of the debtor, because the inspectors were friends of the principal shareholder of the bankrupt company. The debtor's wife made an offer, and one of the creditors moved for an interim injunction to restrain the acceptance and completion of the offer made by the wife. The court granted the injunction, holding, at page 399

> "...that, in the circumstances existing at the time of the first meeting of inspectors, the inspectors ought not to have accepted the offer of (the wife of the principal shareholder of the bankrupt company). They could not reasonably come to the conclusion that they were instructed to do so by a meeting of creditors, which only dealt with an offer by the debtor. They knew that they were elected by Minden proxies; they accepted explanations given by (the principal shareholder) as being sufficient to satisfy them that an asset of $8,600.00 was not an asset; they knew that any sale to the Mindens would be against the wishes of a substantial body of creditors; they knew that (the principal shareholder) had offered 15¢ on the dollar of claims less than two weeks before; and, while (the court) acquits (the inspectors) of any intention to do anything wrong... and... the trustee had no notion or intention of favoring the Mindens at the expense of any creditor, yet... a sale to (the principal shareholder's wife) at that time and in those circumstances could not stand...".

In the case of In re Amca Mines Limited (1938) 20 CBR 1, two offers were made. The higher offer, with a difference of only $500.00, was made by a former president of the bankrupt company and his associates, who the inspectors knew had already run the company into bankruptcy. The inspectors therefore accepted the lower offer, and their action was upheld by the court.

In the case of In re Pretty Fashion Inc. (1951) 31 CBR 217, the inspectors had sold to a bidder whose intention it was to continue business with one of the directors of the bankrupt company. The court annulled the sale.

In the case of In re Davies Footwear Company: Underhills Limited v. Barber (1923) 4 CBR 131 reversing (1923) 3 CBR 679, where the trustee sold to a sales manager of the bankrupt company, whose bid was 1¢ on the dollar higher than that of an independent bidder, the court annulled the sale.

In the case of In re Gonthier (1940) 22 CBR 35, the bankrupt's wife withdrew funds from the debtor's estate a short time before the receiving order was granted against him. She purchased the assets with those funds. The court found that she was only acting as a nominee for the bankrupt, and ordered the sale to be annulled but without obliging the trustee to reimburse to the wife the sale price, since the proceeds of the sale price had been wrongfully taken from the debtor's estate to begin with.

In the case of In re Goldberg (1927) 8 CBR 463, the court stated that it would have annulled a sale to the bankrupt's wife even though hers was the highest tender, made after an unusually short period for tendering, and called the conduct of the trustees and inspectors "censurable", but declined to do so because of the additional expenses that would be involved. However, even though the trustee was successful in having set aside the application to annul the sale, he was deprived by the court of his costs on the application.

In the case of In re Blatt Ray Inc. (1940) 22 CBR 32, the president of the debtor company had previously been in bankruptcy and convicted of a bankruptcy offence. His wife was the vice-president of the bankrupt company. The president was related to two of the five inspectors of the estate, and had friendly dealings with a third inspector. The wife (vice-president) lent her son-in-law money to purchase the assets of the bankrupt company. One of the inspectors related to the president of the company was the attorney of both the president and his son-in-law. The court annulled a sale by the inspectors to the son-in-law.

OTHER PERSONS NOT PERMITTED TO PURCHASE

Generally, anyone having to do with the administration of the estate is excluded from purchasing its assets.

The trustee could not place himself in the position of being the purchaser and the vendor at the same time. On the other hand, if he did want to purchase, he should at least get the prior authorization from the court. In such a case, the court would require some very special circumstances. Possibly, also, he should get the consent of the creditors.

The same prohibition would extend to a partner or employee of the trustee or to any third person acting for him. It is a legal maxim that no one may do indirectly what he is forbidden to do directly.

Attorneys for the debtor are excluded on the basis that,if they had information on the value of the property of the debtor,they could use that information after the bankruptcy and so be placed in an advantageous position as opposed to the other prospective purchasers.

SALE VALID UNLESS IRREGULARITY PREJUDICIAL

The court will permit a disposition of the assets of an estate which, while not benefiting the creditors, would provide funds from which the expenses of administration may be paid, where there is no objection that the creditors would be prejudiced or that they would receive some benefit or payment if the sale was stopped;

--- In re Madison Tailored Clothes Ltd. (1954) 34 CBR 143.

Where prejudice to the creditors as a result of the sale is neither alleged nor proved, the courts will allow the sale to stand;

--- Re Eagle Transport Limited (1969) 13 CBR ns 102;

--- Re Pachal's Beverages Limited (1969) 13 CBR ns 160 at p. 163.

PRACTICES IN REALIZATION

All of the foregoing principles apply to all kinds of sales permitted by Section 14(1)(a). However, they can better be appreciated in the light of the practices surrounding each kind of sale. For this reason, this paper will now turn to a consideration of the various kinds of sales, and consider various practices under each, dividing the practices into those approved by the courts and those disapproved.

For convenience of exposition, these types of sale will be discussed in the following order:

(1) private sale;

(2) sale by tender;

(3) sale by auction.

PRIVATE SALE

INTRODUCTION

"Private sale is advisable only when there is no competitive market for the assets. Thus, where the assets consist for example of a piece of undeveloped real estate, it is practical to follow the first method, i.e. by private sale. The trustee contacts a number of real estate agents, or the owners of the neighbouring properties, and find out if they are interested in buying. In this connection an alert trustee can contribute a tremendous amount. The trustee who is satisfied to sit at his desk and do only the paper work involved in the administration of the debtor's estate is not discharging his functions efficiently. If he is alert and experienced he is in the most advantageous position to obtain the highest possible bid for any or all of the assets of the debtor. By dint of his past experience, by dint of the contacts he has made with purchasers of assets in previous estates, he is the one who is really qualified to find a buyer. But, nevertheless, disposal of assets by private sale is unusual and comparatively rare;"

--- Philip Meyerovitch Q.C., The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets; Procedure (1956) 16 R du B 264 at p. 270.

PRIVATE SALE - PRACTICES APPROVED BY THE COURTS

---Private Sale Approved - Price Satisfactory to Creditors

Generally speaking, while the methods of sale by tender and sale by auction are better designed than private sale to obtain the highest possible price, nevertheless, if the private sale will yield a price satisfactory to the inspectors and to the trustee, it will be approved.

Thus, in the case of In re Assaf and Dabous (1926) 7 CBR 689, there was rivalry between two certain parties anxious to purchase the assets. In this situation, both the inspectors and the trustee were satisfied that a substantial sum could be obtained, and consequently, they did not advertise for sale at public auction or by tender the stock-in-trade and real estate. The court, dismissing an application to annul the sale, found that in the particular circumstances of this case there was no need to advertise the property for sale either by tender or by public auction, and affirmed the sale.

In the case of In re J.L. Jacobs & Company Limited (1941) 22 CBR 208, where the sale was made to the president of the debtor company under suspicious circumstances, but where the applicant in the application to annul the sale conceded that the price was satisfactory, the court found it unnecessary to intervene, and the sale was upheld.

--- Private Sale Approved - Urgent Disposal of Goods

In the Jacobs case, another reason given by the court for approving of the private sale to the president of the debtor company was that the merchandise, consisting of winter clothing, had to be disposed of quickly in order to prevent a sharp drop in its price when the end of the winter clothing sale season was fast approaching.

PRIVATE SALE - PRACTICES DISAPPROVED BY THE COURTS

---Private Sale Disapproved - No Fixed Price

On this subject, the judgment in the case of In re Hyatt and Hart (1932) 13 CBR 263, speaks for itself;

> "The assets in this case were sold by the trustee, with the approval of the inspectors, to a purchaser who agreed to pay for the assets a sum sufficient to pay the ordinary creditors a dividend of twenty-five cents on the dollar together with the trustee's remuneration and expenses, including solicitor's fees and other claims ranking ahead of ordinary creditors. The trustee's remuneration was fixed in the offer at an amount larger than a trustee would ordinarily receive in such an estate."
>
> "... there is a great deal to be said against the practice of dealing with a debtor's estate in this way.
>
> "There are several objectionable features to this method:
>
> (1) the purchase price seems to be based on creditors' claims and not on the value of the goods. It may be that the debtor's statement of affairs shows preferred

claims. Ordinarily, if a preferred claim is disallowed for any reason the benefit of such disallowance would accrue to the ordinary creditors. Under a proceeding such as that outlined the purchaser would get the full benefit and his purchase-price would be reduced accordingly;

"(2) the machinery of the Bankruptcy Court would be invoked entirely for the benefit of the purchaser, and...the Act does not contemplate that the time of the Judge and officers of the Court should be spent in trying to assist the purchaser to reduce the purchase-price;

"(3) the agreement to fix the trustee's remuneration takes away from the Court the right to supervise the remuneration of the trustee and frequently the right to supervise, or tax, the solicitor's bills, as these also are frequently arranged in transactions of this kind;

"(4) the trustee and the inspectors may, as a result of reduction in contested claims, etc., be actually selling the debtor's assets at a sum less than they should actually obtain.

"....the practice seems to be considered favorably by creditors; they know what they will receive. However, ... the ordinary creditors do not have an opportunity fully to consider the things which may happen against their interests in a bankruptcy conducted along the lines indicated. It is just possible that inspectors, who usually represent the largest creditors, are representatives of wholesale houses who are more interested in providing a future customer than in obtaining the full amount which the goods available for sale might realize at the moment.

> "(The court is) giving these written reasons for the purpose of notice to trustees and inspectors in order that they may know that hereafter these transactions will be very carefully scrutinized, that if the powers and discretions which the Bankruptcy Act contemplates are being taken away from the judicial officers appointed to look after the bankruptcy business, the Court will not regard itself as bound to grant discharges to trustees or to release their security, and further, that the Court will not feel itself bound to deal with claims in bankruptcy proceedings when such dealing will bring no benefit to creditors but only to the purchaser of the assets...".

A decision of the Supreme Court of Canada has also annulled a sale made on such terms:

--- In re Thompson Cadillac Mining Corporation (1943) 24 CBR 270 at pp. 275, 278 and 288;

Both these cases overrule by implication the decision in In re Jauvin (1921) 1 CBR 428, which had approved such a sale.

--- Private Sale Disapproved - Consideration Other Than Cash

In the Thompson Cadillac Mining case, the prospective purchaser, after providing that a maximum of $19,950 would be offered as "as a sufficient sum" to pay all the costs, fees and disbursements of the trustees, the legal fees and the secured and privileged claims, and an unspecified additional amount to enable the trustees to pay a cash dividend of 15% on the proved unsecured claims, proposed a further consideration as follows:

> "it was further provided that the optionee (the prospective purchaser) should thereafter cause to be incorporated..... a new company with an authorized capital of 3 million shares of a par value of one dollar each. The property was to be conveyed by the trustees to the new company in consideration of the allotment and issue of 2 million shares of its capital stock, such number thereof to be issued to the trustees or their nominees as might be sufficient to enable

the trustees to distribute the same:

(i) in the ratio of two shares per each dollar of the proven claims of all unsecured creditors against the property;

(ii) in the ratio of one share for each 10 shares outstanding of the capital stock of Thompson Cadillac Mining Corporation".

The formal judgment of the Quebec Court of Appeal, contained the following holdings, on which the Supreme Court of Canada expressed no opinion, thereby leaving the holdings intact:

"(page 275) Considering that, it is of the essence of the contract of sale that the consideration should be for a price in money;

"Considering that, if any relaxation of this rule can be permitted as far as the consideration of the contract of sale is concerned, it can only be permitted when the part of the consideration which does not consist of money is merely an accessory or a supplement of the price in money;

"Considering that the price in money accepted by the trustee is fixed at a maximum of $20,000 and may be less, while they are to receive in addition 2 million shares of a nominal value of one dollar each in a company to be formed with a capital of 3 million dollars, and that this latter consideration cannot be considered as an accessory or supplement to the price in money and leaves in doubt what was the real consideration; . . .

"(p. 277) . . . while under (Quebec) law—and apparently under the English Common Law — a price in money is an essential element of the contract of sale, it need not always be the whole consideration. (Court's emphasis) On the other hand, . . . in bankruptcy matters the

> exceptions to there being a price in money are more restricted than in ordinary sales because of the scheme and purpose of the Bankruptcy Act itself. The object of the bankruptcy proceedings is to enable the trustees to convert the assets in order to distribute the proceeds amongst the creditors either in the form of dividends or otherwise and pro rata save where there are priorities and rights. The exception is where the assets cannot be readily or advantageously sold."

---Private Sale Disapproved - Really a Proposal to Creditors

Again, in the Thompson Cadillac Mining case, the court found that what was done was more in the nature of a proposal than in the nature of a sale, holding at page 275:

> "Considering that the trustees, authorized by the inspectors, have no other powers than those conferred upon them by the Bankruptcy Act and that section 43(1) (now section 14(1)) of the Bankruptcy Act merely gives them the right to sell and not to effect a transaction (i.e. a settlement) or compromise;..."

The proposed dealing was therefore outside the powers of the trustee and the inspectors. The court further held that the proper method of proceeding would have been to follow the procedure prescribed for proposals by the Bankruptcy Act, or the Companies' Creditors Arrangement Act or the Companies Act under which the bankrupt company had been incorporated.

---Private Sale Disapproved - Participation by Shareholders in Dividends

Again, in the Thompson Cadillac Mining case, the 2 million shares of capital stock issued to the trustees for dividends was to be distributed not only to the unsecured creditors who had proved their claims, but also "in the ratio of one share for each ten shares outstanding of the capital stock of Thompson Cadillac Mining Corporation".

On this point, the court held, at p. 279:

> "Further, one looks in vain throughout the Act for any authority given to the trustees, merely with the consent of the inspectors, to include the shareholders of the insolvent company in a distribution of the proceeds of the sale of the assets before the creditors have been settled with. The shareholders are only interested in this surplus, if any, after the creditors have been paid their full claim with interest. What right had the trustees and inspectors to make a contract on behalf of the shareholders, and what right had they to give themselves, the creditors, and the shareholders 'a chance on a mining gamble',.....?".

SALE BY TENDER

INTRODUCTION

Philip Meyerovitch Q.C., The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets: Procedure (1956) 16 R du B 264 at p. 270, describes sale by tender in the following terms:

"A more normal method (than private sale), and the one most frequently adopted, is that of sale by tender. The trustee by detailed advertisement solicits offers lot by lot. It is characteristic of most of these newspaper advertisements that the printed signature of the trustee and his office address take up a very substantial portion of the advertisement. A very important clause incorporated into the advertisement reads as follows:

> "The highest or any tender not necessarily accepted.

"The advertisement appears once or twice and fixes a date for the inspection of the assets, another date and hour for the reception of tenders, and shortly thereafter a second meeting of inspectors is held to consider the tenders and to deal with them as provided by law. The inspectors attending this meeting find that some of the tenders are open, some are sealed normally, and others made by suspicious offerors bear very heavy wax seals to make sure that some person will not ascertain the contents of the offer and relay that information to other interested parties and prospective bidders. These tenders are opened, and normally the highest tender is accepted.

"But you must remember that at this stage the inspectors represent creditors who are not well disposed towards the debtor. And where the debtor is a corporation, the principals of the debtor company are frequently interested in re-purchasing the assets, reorganizing another company and continuing their operations, if they can. They do not dare to make the bid in their own name, so they often find someone to make the bid for them. And the inspectors who rightly or wrongly suspect that fraud plays a larger part than incompetence in causing a bankruptcy do not want to award these assets to a person who is acting on behalf of the debtor or the principal of a debtor corporation. The inspectors under such circumstances will accept a bid lower than the highest in order to make sure that the assets are awarded to a bona fide trader rather than to a nominee of the debtor company".

Bankruptcy Rule 109, introduced by Order in Council no. P.C. 1973-710, 27 March, 1973, SOR/73-169, Canada Gazette, 11 April, 1973, Part II, vol. 107 now prescribes the procedure to be followed in dealing with sale by tender, extending and amplifying in certain respects, and giving the force of law to, Bulletin to Trustees No. 12 issued by the Superintendent of Bankruptcy on 6 May, 1970. The new rule has indeed helped to curb numerous abuses, although it has, in many instances contributed to a lower realization. A few amendments to this rule would go a long way in correcting the effects.

For the reader's better comprehension of Bankruptcy Rule 109, this paper will first set out the practices which have developed concerning sale by tender. The reasons for the Rule will then be much easier to explain.

SALE BY TENDER - PRACTICES APPROVED BY THE COURTS

--- Sale by Tender Approved - Proper Use of Reserve to Reject Bids

The use of a reserve clause incorporated into the call for tenders stating "the highest or any tender not necessarily accepted" is quite legitimate when used in the manner suggested by Mr. Meyerovitch in his article quoted above, namely, to prevent a resale of the assets indirectly to the debtor or to the principals of the bankrupt corporation.

This reserve clause has several other legitimate uses as well.

If the call for tenders itself contains specific conditions for the bids, the reserve in the call can be used to reject any bid which does not conform to those conditions.

Accordingly, in the case of In re Ayotte & Frères Inc. [1973] CS 551, the call for tenders had expressly reserved the right to reject all bids and also contained a condition that all taxes due from the sale of the assets were to be borne by the purchaser over and above the purchase price. Of the twelve bids received, the highest, amounting to $32,500, included all federal taxes, resulting in a net value for the estate of $29,000. At the same time, an auctioneer who had not submitted a bid merely offered his services. Later the trustee negotiated with him a guarantee of a net minimum of $35,000, excluding federal taxes. The court upheld the action of the inspectors and trustee in rejecting all twelve bids, including the highest one which did not conform to the conditions stipulated in the call for tenders, and in accepting an offer, which had not been included among the bids, but which did conform to the terms of the call for tenders in excluding federal sales taxes.

The reserve clause may be necessary for the protection of the trustee where the asset advertised for sale is subject to restrictions which he must acknowledge and which may restrict his and the inspectors' freedom to dispose of the asset.

In the case of In re Lake Shore Motors Inc: Asselin v. Geoffrion (1955) 35 CBR 92, the trustee, in the call for tenders, had included the reserve that the highest or any tender would not necessarily be accepted, but failed to mention in the call for tenders that prior to bankruptcy, the debtor had granted to another party a right of prior purchase, entitling that other party to a 60-day option to buy the property at the amount of any offer acceptable to the debtor. The inspectors decided to accept the offer of the highest bidder provided that the optionee failed to exercise his right of prior purchase by a certain time. Before the expiry of the option, the optionee advised the trustee that he wished to exercise his option at the same price as that offerred by the highest bidder. The trustee then sold the property to the optionee. The highest bidder contested the sale, but the court upheld it, noting that the right of prior purchase was granted by the debtor long before the bankruptcy and had to be observed. The court said further, at page 95:

> ". . . no allegation or proof has been made to impugn their (the inspectors' and the trustees') integrity - it cannot be said that they acted improperly or fraudulently in extending the right of prior purchase to the intervenant (the optionee) at the same price, and advising the petitioner (the highest bidder) that his offer was accepted only if the intervenant failed to exercise the rights which it asserted ...".

The highest bidder had argued that the trustee was not entitled to accept his offer subject to a condition not mentioned in the public notice of sale, but the court held this objection unfounded, saying at page 96:

> "Having expressly reserved his right not to accept the highest or any tender, the trustee was free to reject all tenders or accept any one of them, subject to whatever qualifications he chose. The petitioner's position under

> the qualified acceptance is surely no worse than if his offer had been refused without any reason whatsoever. Instead of rejecting the tender purely and simply, the fact that the trustee accepted it conditionally shows rather an intention to deal fairly with the petitioner . . .",

and the court continued at page 97:

> ". . . this is not a case in which an 'insider' is being favoured to the detriment of a disinterested purchaser who has taken the trouble to submit a very serious and substantial tender for the assets in question. Nor can it be said that the public invitation to tender was only a trompe oeil or a bluff. Had the intervenant failed to exercise its option, there is no doubt that the petitioner, in accordance with the terms of the acceptance, would have a valid commitment from the estate entitling him to become the purchaser of the property. This ground, therefore, cannot avail the petitioner . . . ".

Also, it will be permissible to exclude conditional bids or bids difficult of execution even when they are the highest ones.

---Sale by Tender Approved - Accepting Firm Bid Over Higher Conditional Bid

In the interest of expeditious administration of estates, it is in order for a trustee and inspectors to accept a bid which is firm in its conditions and which shows a serious intention to proceed with the sale in preference over a bid which does not meet the terms of the call for tenders or which is conditional, and the conditions would result in prolonging the administration of the estate or rendering the administration more difficult. This will apply even if the sale does not obtain the highest price possible:

---In re Fero (1958) 37 CBR 179.

Accordingly, in the case of Re Eric Petersen Construction Limited (1966)9 CBR ns 158, the court upheld a sale conducted by a trustee under the following circumstances:

(1) the lower of two offers received for the purchase of real estate valued at $290,000 was an offer for $275,000 with a cash deposit of $25,000, and provided for the assumption of a first mortgage on the property and payment of the balance of the suggested purchase price in cash.

(2) the higher of the two offers was contingent upon obtaining a loan for $224,000 and negotiating a mortgage to secure the loan;the offer was not accompanied by a deposit, and the offeror wanted to deduct from the sale price an amount which he claimed was secured by a mechanic's lien, the validity of which was disputed by the trustee.

The trustee accepted the lower offer. In upholding the trustee's application for permission to sell, over the objections of the inspectors, the court held that because no comparable offers had been received within the preceding two months, and because the lower bidder had submitted the same bids in three calls for bids, the inspectors were not acting in the interests of the estate by opposing the sale and prolonging the administration any further.

---Sale by Tender Approved - Acceptance of "Reasonable" Price

In the case of Dufour v. Dufour [1955] RL ns 35, the debtor applied to have annulled a resolution of the inspectors authorizing the trustee to sell for the sum of $400 for a tractor and plow, alleging that the tractor and plow were worth more than $400 and that there had been an offer of $750 for them. The court found that in the three years since the bankruptcy had begun, the trustee and inspectors had received one offer of $750, which was not followed up after an examination of the tractor by the bidder, and the trustee had to sell the plow for only $50 because it was usable only with the tractor, and otherwise the trustee could not find a buyer for it. The court held that, although the tractor and plow were worth more than $450, the trustee had sold them for the best price obtainable under the circumstances.

In the case of In re Ayotte & Frères Inc. [1973] CS 551, the highest of twelve bids would have nette the estate $29,000. An auctioneer who had not bid, but merely offered his services, was contacted by the trustee upon authorization given in a resolution which at the same time rejected all the twelve bids. The auctioneer guaranteed a net minimum of $35,000 which the trustee and inspectors accepted. The court upheld this action because of its obvious benefit to the estate.

SALE BY TENDER-PRACTICES DISAPPROVED BY THE COURTS

--- Sale by Tender Disapproved - Last-minute Bids or "Shopping Against Tenders"

"Shopping against tenders" consists simply of first opening of the tenders, noting the highest bid, and then attempting to obtain a higher bid, however slightly higher that bid may be, without giving to all of the previous bidders the right to renew tenders.

In the case of In re H. Packer & Son Limited (1936) 17 CBR 207, at p. 208, the court stated very succinctly the damaging effect of this practice on the administration of bankrupt estates, in the following terms:

> "... there are now concerns who make a business of buying bankrupt assets, and to allow insiders to take advantage of their knowledge to put in a bid at a few dollars more than

> the highest bidder is an unfair practice, which if allowed to prevail, would discourage bidding by outsiders and militate against obtaining the best possible price, and, therefore, should not be countenanced."

Accordingly, the courts have frequently and vigorously condemned this practice.

In the decision of In re Pretty Fashion Inc: (1951) 31 CBR 217 at p. 218 the court commented:

> "... the practice of allowing a tenderer to increase his bid at the demand of the inspectors, after all the bids have been examined, besides being unfair, constitutes a vicious and dangerous practice which would tend to discourage tenders".

In the unreported decision of Loyal Plumbing & Heating Supply Ltd. and Bissell and Bissell Ltd., referred to in In re Ashcroft Steel Co. Ltd. (1962) 5 CBR 239 at p. 248, the court said:

> "The effect of allowing an amendment to a bid between meetings to the exclusion of other bidders having the same opportunity constitutes a practice most reprehensible. If the court should sanction such a practice, it would open the door to all types of abuses which would only lead to fraud and bad faith".

In the case of In re Masson et Masson: Gingras v. Patry [1972] CS 634, the trustee received two bids for real estate belonging to the debtor, but the higher one stipulated that a five percent commission would have to be deducted from it for commission to be paid to the real estate broker through whom the prospective purchaser was dealing. This deduction of 5% commission would have made this higher bid lower than the other bid. The trustee therefore wanted to accept the other bid, which contained no such stipulation, and which

therefore was ultimately the higher bid. Learning of this, the real estate broker subsequently wrote a letter to the trustee, informing him that he would waive the 5% commission, which would have raised that bid to the higher of the two bids. On the trustee's application for authorization to sell, the court said that the trustee should not take this letter into account, adding at page 635:

> "(Translation) ... this manipulation of bids after the fact is absolutely inadmissible. In any event, bids must remain honest for all interested persons. To do otherwise would be to destroy the bidding system which is necessary in the economic system in which we live."

--- Sale by Tender Disapproved - Improper Use of Reserve to Reject Bids

As has already been stated in this paper, the insertion in the call for tenders of a clause reading "the highest or any tender not necessarily accepted" is perfectly legitimate and has a very important use in preventing the assets being automatically sold to the highest bidder.

However the reserve, being drawn in such broad terms, permits the possibility of allowing inspectors friendly to the bankrupt or to the principals of the bankrupt corporation to authorize a sale to their nominees. Very often, it happens that these nominees have not submitted the highest bid, which the inspectors exclude in favor of a lower bid relying upon the reserve. The courts have consistently condemned such practices. Such a reserve is not a carte blanche; it does not absolve the inspectors from their duties of acting in good faith as agents of the mass of creditors in an estate, nor does it absolve the trustee from his duty to maintain independent judgment, and to contest such actions by the inspectors if he considers that this type of operation will not produce the best possible results for the creditors;

--- In re Niagara Glen Products Limited (1950) 31 CBR 14, affirming 31 CBR 10.

In the case of In re Blatt Ray Inc. (1940) 22 CBR 32, the court refused to allow the inspectors to rely upon the reserve to reject the highest bid in favour of a lower bid made by the son-in-law of the president of the bankrupt company, to be paid for with money given to him by the president's wife, who was also vice-president of the bankrupt company, and where the majority of the inspectors were relations or friends of the president. The court said, at page 34:

> "Considering that though the trustee and the inspectors are not obliged to accept the highest tender, it should not be refused to favour the debtor and kin or insiders, taking advantage of their knowledge of previous tenders, and unless there is good reason to believe that it is unreasonable it should be accepted, for , should the practice become more or less general, outsiders would be discouraged from bidding to the loss of creditors generally, thus allowing the debtor or some insider to buy the assets cheap, there being no outside bidding".

The courts will not allow the inspectors to use the reserve to favor their own interests over those of the mass of creditors, whose agents they are.

The case of In re Atlantic Felt Inc: Goldsmith and Co. Ltd. v. Druker et al (1961) 3 CBR ns 318 was decided under provisions of the Winding-Up Act similar in effect to Bankruptcy Act sections 14(1)(a) and 19. The facts were as follows.

Several weeks before liquidation proceedings were commenced against the company, B, M and R each held one-third of its shares. B sold his shares to M, with the result that M now held two-thirds of the shares and R continued to hold his one-third.

M then petitioned for a winding-up order against the company. B, a creditor of the company for $40,000, and R became two of the five inspectors in the liquidation proceedings. It was proved that they effectively controlled two of the other inspectors. Through nominees, B and R submitted two bids for the

machinery of the company. M, acting through his nominee Goldsmith, submitted the highest bid. The inspectors refused this highest bid, awarding the assets instead to the nominees of B and R, and relying upon the reserve in the call for tenders, but the court finally awarded the assets to this highest bidder, Goldsmith, holding that the inspectors in question had been acting in their own interest rather than in the interest of the creditors and that the reserve in the call for tenders did not authorize such practice.

--- Sale By Tender Dissapproved - Acceptance of Bid Not Conforming To Call For Tenders

While the courts will allow the trustee to reject a bid which does not conform to conditions stipulated in the call for tenders, they will not allow the trustee to accept such tenders in preference over other tenders which have conformed to stipulated conditions in the call. The reserve "the highest or any tender not necessarily accepted" does not authorize the trustee or the inspectors to disregard the conditions which they themselves stipulated.

In the case of In re L W L ASSOCIATES LIMITED (1972) the Court, upon the petition for directions presented by the trustee, ruled that the highest bid should not be accepted as the deposit was not in the form of a certified cheque, a condition stipulated in the call for tenders.

--- Sale by Tender Disapproved - Short Notice for Bidding

In the case of In re Goldberg (1927) 8 C.B.R. 463, the notice for call of tenders left only 1½ days, or about 12 to 15 business hours to tender for purchase of the assets. Two tenders only were received, one by the bankrupt's wife and another whose tender was only slightly less than that of the bankrupt's wife. The inspectors attempted to sell the assets quickly to the bankrupt's wife, even though there was no need to rush, since the stock-in-trade did not consist of perishable goods. The court showed some reluctance

to put the estate to additional expense and further probable litigation, because there had been resale of the property. But the court went further to say that, although the evidence fell short of proving actual fraud, the method adopted by the trustee and the inspectors in disposing of the stock-in-trade to the bankrupt's wife, in the circumstances as stated, was "censurable". Therefore, while the court reluctantly upheld the sale, it deprived the trustee of any costs on the application, in order to penalize the trustee for his conduct.

---Sale by Tender Disapproved - Tender With No Fixed Price

In keeping with the idea that it is preferable to accept a definite bid over a conditional one, and with the decision in the case of In re Hyatt and Hart (1932) 13 C.B.R. 263, that an offer of a certain number of cents on the dollar, based on the value of the creditor's claims, rather than on a definite dollar figure based upon the value of the assets, had to be closely scrutinized, an uncertain bid submitted in this fashion was held to have been correctly rejected by the inspectors.

---In re Minden's Limited: En parte Sapera Brothers Limited (1933) 14 C.B.R. 395.

---Sale by Tender Disapproved - Submitting Tenders Via Inspectors

By virtue of Section 94(11) inspectors are forbidden to acquire any of the property of the estate which they had been appointed to supervise, either directly or indirectly or for themselves or for others, unless the sales have the prior approval of the court.

Even where the inspector is not actually purchasing, but merely physically delivering the bid to the trustee and the other inspectors for consideration, and this falls far short of the prohibition of Section 94(11), nevertheless, the courts do not approve of this practice either, and prefer to have tenders reach the trustee without any kind of intervention by the inspectors.

In the case of Re Compads Limited ; Dumas v. MacLean (1943) 25 CBR 31, the inspectors tabled bids which had been submitted to them in answer to a call for tenders, and some time later, one of the inspectors received a further tender considerably higher than the earlier ones. The trustee applied to the court to have accepted the highest tender among the first group received. The court granted the application, setting aside the attempt by the inspectors to have the later higher bid accepted, noting that it had only been received after the other tenders had been opened and become known publicly, and that "it would be unfair and unreasonable to allow certain shareholders and inspectors to take advantage of such information to the detriment of bona fide bidders within the delay that had been fixed....".

---SALE BY TENDER - PROPER PROCEDURE WHEN ALL BIDS ARE UNSATISFACTORY

In prior years, the courts often held that, if the trustee and inspectors thought that higher bids could be obtained, and where time permitted, they ought to reject all the bids and make a new call for tenders, giving the opportunity to bid to everyone, and especially to all the previous bidders:

--- In re Minden's Limited: Ex parte Sapera Brothers Limited (1933) 14 CBR 395 at page 399;

--- Re Compads Limited : Dumas v. MacLean (1943) 25 CBR 31 at page 33;

--- In re Niagara Glen Products Limited (1950) 31 CBR 6, 10 and 14;

--- Unreported decision of In re Berger and Sons Ltd: Grobstein v. Goldsmith and Co. Ltd., referred to in the case of In re Atlantic Felt Inc: Goldsmith and Co. Ltd. v. Druker (1961) 3 CBR ns 318 at page 325

--- In re Ashcroft Steel Co. Ltd: Bissell & Bissell Ltd. v. Friefeld (1962) 5 CBR ns 239 at pages 244 and 251.

--- Re Alasco Supply Co: Kisber v. Friefeld and Gorin (1965) 8 CBR ns 188 at page 199;

However, in recent years, the courts have realized that the inspectors and the trustee should be afforded greater leeway in order to maximize the realization. Provided that they act in good faith and in a business like manner, they could very well decide, in a given situation, to reject all tenders and enter into a private sale or a sale by auction, bearing in mind the interests of the mass of creditors, that is, the highest possible return at the lowest possible cost.

In re AYOTTE & FRERES INC. (1973) C.S. 551 -
Previously cited.

In re SOUND SCOPE CENTER INC. (1973) (not reported). In this case the petitioning auctioneer, the highest bidder, argued that once the inspectors and the trustee had elected to sell the assets by way of public tenders, that they were bound to readvertise once they had decided to reject all bids. The Court refused to accept this argument and dismissed the petition.

SALE BY AUCTION

Philip Meyerovitch Q.C., The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets; Procedure (1956) 16 R du B 264 at p. 271, describes sale by auction in the following terms:

> "...There has grown up, in this community (Montreal) and in others, a group of traders who engage in the purchasing of bankruptcy assets. They are auctioneers, jobbers, people who can turn over a quick profit by the purchase of assets in bulk from the trustee, by the accumulation of such assets, and by their resale. The trustee and inspectors encourage this particular group because the resultant competition makes for higher bids, and the bigger the group, the higher the price of a certain block of assets will command.

"It very often happens that when tenders are received, the inspectors will not accept any of the tenders if they feel that the amount of the highest bid is inadequate, and they will re-advertise the assets for sale, or they will approach an auctioneer and say to him: 'We have had tenders today; the highest tender amounts to X dollars; We would like you to sell these assets by auction, provided you guarantee a minimum return of X dollars equal to the highest tender for the assets'. And very frequently the amount involved is such that the auctioneer will accept the proposal.

"As a matter of fact, even when the assets are not offered for auction, you often find an auctioneer who voluntarily makes a fixed tender for the assets, and alternatively makes a further offer to sell the assets by auction, guaranteeing the trustee a minimum net return of the realization. One of the advantages of a sale by auction is that there is no urgency in terms of time. If, for example, a bankrupt furrier makes his assignment at a time of the year when the fur trade is very dull, the stock will be entrusted to an auctioneer who will retain it on his premises in good shape until a time of the year when a profitable sale can take place. Not only that, but he may accumulate one, two, three or half-a-dozen stocks, and by putting them all together create a much more attractive assortment, and realize for each individual stock a much higher price than would have been realized in the ordinary way. Another advantage to sale by auction is ..... to make sure that the debtor or his representatives do not acquire the stock. At an auction sale, the stock is sold piece by piece, lot by lot, whether it be plant, machinery or merchandise, and the debtor has much less opportunity of acquiring the assets in toto as a result of an auction sale."

The rules of auction themselves are very simple, namely, that the bids are made successively, rather than simultaneously as in the case of sale by tender, with the last and highest bid being accepted.

Judging from Mr. Meyerovitch's observations, sale by auction has its advantages in certain situations. In all such cases however, the trustee would be well advised to obtain a minimum guarantee from the auctioneer.

The trustee should bear in mind that the auctioneer's commission and expenses will, of course, have to be deducted before remittance of proceeds to the trustee for distribution. While the auctioneer is certainly entitled to be paid reasonable commission and reasonable sums for expenses incurred, the trustee should be careful to ensure that the commission and expenses are kept within reason, remembering that his first duty in hiring the auctioneer was to produce a return for the creditors, and he must protect their interests in preference to those of the auctioneer. The Superintendent of Bankruptcy and the Registrar of the court, to whom the trustee's final statement of receipts and disbursements (Form 54) will have to be forwarded for comments (Section 123(4) and taxation (Section 123(5)), may have some say in the determination of the commission and the expenses, because they must be included as Item 13 of Form 54.

NEW RULE 109

---Introduction

On 11 April, 1973, Bankruptcy Rule 109 was introduced by Order in Council to govern sales by tender.

This paper will set out briefly the procedure, and explain, in the light of the practices disapproved by the court, the reasons for the requirements of the new rule.

---Contents of the Notice

The notice must contain the following information:

(1) the place where the bids are to be sent (Rule 109(1)(a));

(2) the latest time at which the trustee will receive bids (Rule 109(1)(a));

(3) an invitation to attend a meeting of bidders (Rule 109(1)(b));

(4) the time, date and place of the meeting of bidders (Rule 109(1)(b));

(5) an announcement that the purpose of the meeting is to open and announce all bids received (Section 109(1)(b));

(6) a notice that bids must be accompanied by the deposit of a certified cheque payable to the trustee (Rule 109(1)(c)(i));

(7) notice that the certified cheque must be in an amount equal to at least 15% of the amount bid (Rule 109(1)(c)(i));

(8) notice that the deposit will be returned to the bidder if the tender is not accepted (Rule 109(1)(c)(ii));

(9) a notice that any deposit will be forfeited as liquidated damages by the bidder to the trustee if the bid is withdrawn at any time before receipt by the bidder of notification of the decision of the inspectors (Rule 109(1)(c)(iii)& 109(6));

(10) a notice that the bidder whose bid has been accepted will forfeit his deposit as liquidated damages if the sale is not completed by him.

---The Reasons For Notice

The purpose of the meeting of bidders is to permit a bidder to be better informed of the bidding situation and of the contents of each bid.

The reason for requiring an initial deposit of 15% of the amount bid, is to ensure that a bid will be serious and to demonstrate the good faith of the bidder. Furthermore, the fact of losing the 15% in the event of premature withdrawal of the bid or of failure to complete the sale if his bid is accepted acts as a deterrent to these practices, which undermine the bidding system. The decided cases had previously treated bids as simple matters of offer and acceptance, with the result that they applied the rule that, as long as no communication had been received by the prospective purchaser regarding acceptance of his bid, the bid could be withdrawn. However, such decisions did not fit in a practical manner into the bidding system, which presupposes that, by the very nature of the system, in order to obtain the best competitive advantage and best return for the creditors, the bids have to remain open until they are considered simultaneously. Premature withdrawal of a bid would cause the other bidders to withdraw as well, with the result that only the lowest bid, if any, might be left for the creditors. Under the new rule, if the bid is withdrawn, then the 15% becomes part of the assets of the estate for distribution.

Similarly, the highest bidder should not be allowed to frustrate the sale simply because of his own capriciousness. Once he has received communication that his offer has been accepted, the contract of sale is, for all legal intents and purposes, concluded, and he must go through with it. If not, the 15% deposit goes to the trustee liquidated damages and becomes part of the assets of the estate for distribution. The estates would have been better protected; however, if the rule had stipulated that the deposit was "a giving of earnest" rather than "liquidated damages".

There is an additional reason for requiring that withdrawal not be made before receipt by the bidder of notification of the inspectors' decision This constitutes an attempt to settle by statute a dispute which has long raged in the courts whether communication by mail between persons not physically present in the same place, particularly communication of the acceptance of an offer, is made

(1) when the acceptance is placed in the care of the post office for delivery;

- In the Common Law provinces:

---Adams v. Lindsell (1818) 1 B & Ald 681; 106 ER 250
---Household Fire & Carriage Accident Insurance Company Limited v. Grant (1879) 4 Ex D. 216.

- In Quebec:

---Magann v. Auger (1901) 31 S.C.R. 186.

(2) when the acceptance arrives at its mailing address, and before it has been opened;

- In Quebec:

---Charlebois v. Baril [1928] S.C.R. 88.

- In the Common Law provinces:

---No similar decision

(3) when the contents of the letter of acceptance have been actually read by the addressee:

- In Quebec:

---Underwood v. Maguire (1897) 6 BR 237.

- In the Common Law provinces:

---No similar decision

Rule 109 opts for the second solution, and any decision to the contrary is no longer applicable. It avoids quibbling over when a bid can be withdrawn. As a prudent precaution, a trustee should, when mailing an acceptance, annex to the outside of the envelope an acknowledgement of receipt of registered mail (pink card), which will be returned to him indicating the fact and date of receipt certified by the postmaster at the locality of the addressee.

--Procedure Upon Receipt of Bids

When the bids are received by the trustee, he must record them in a register kept by him in Form 99, added by the Order in Council referred to above. The Form requires the advertisements of call for tenders to be attached thereto. It should be remembered that the advertisement is required to state the final time for accepting bids, and columns 2, 4 and 5 of the register should be completed up to that final time. The bidders at the bidders' meeting will have the right to object to any bid submitted after that time, or to a bid which has not been recorded previously. The bids register will be completed at the bidders' meeting by recording on the spot in columns 1, 3, 6 and 7 all the details of the bids as they are opened.

Immediately following the meeting of bidders, the meeting of inspectors to consider the bids shall be held (Rule 109(4)). The bids register and the bids shall be tabled (Rule 109(5)). The bidders are not invited to attend this meeting, but it should be obvious that, having been informed as to who submitted

what bids, the bidders attending the bidders' meeting will be informed as to what they can reasonably expect. This alone ought to deter the inspectors and the trustee from accepting a last minute bid or shopping against tenders, or abusing a reserve to reject bids as described above, and should force acceptance of the highest tender unless there are cogent reasons for doing otherwise.

The trustee must communicate the decision of the inspectors to all the bidders immediately following the inspectors' meeting (Rule 109(6)). The notice must contain the name of the successful candidate, if any, and the amount and any terms of the successful bid (Rule 109(6)(a)). If no bid is accepted, the reasons for the total rejection must be given.

The notice must be served on each bidder personally or by registered mail (Rule 109(7)), following the requirement in Rule 109(6) that all the bidders must be informed of the decision of the inspectors. This is in keeping with the decisions cited above to the effect that all bidders must receive equal treatment in consideration of bids, and that all must be fully informed, in order to be better able to protect their rights. Faced with a group of informed bidders, it would be very imprudent for the trustee to shop against tenders.

--- Object of Rule 109

The whole object of Rule 109, therefore, is to restore the confidence in the bidding system which the courts have endeavoured so diligently to maintain, and to add some measure of compulsion to both prospective purchasers and to the inspectors to make and accept bids under a mechanism which, by way of giving full information, attempts to promote good faith on both sides.

While the new Rule may not eliminate all problems, it certainly established clear fixed guidelines to avoid as many problems as possible and to eradicate the practices disapproved by the courts.

SELECTED SPECIAL PROBLEMS IN REALIZATION

ASSIGNMENT OF LEASES, FRANCHISES, ETC.

Philip Meyerovitch Q.C., The Bankruptcy Act: Realization and Distribution of Assets; Procedure (1956) 16 R du B 264 at p. 272, says, regarding leases:

> "At the first meeting of inspectors, they will in addition consider the disposition of the unexpired term of the lease. Depending upon the merits of the lease, it may have a value. The trustee has the option of saying to the landlord: 'We wish to terminate the lease' or alternatively: 'We wish to transfer our right in the lease to a purchaser'. You will see from the advertisement published that the trustees frequently mention in the advertisements the right of the trustee in the unexpired term of the lease covering such and such premises".

The foregoing powers are given to the trustee in Section 14(1)(k). For further details on this subject, the reader is referred to the paper in this series entitled "Rights of Landlords and Tenants".

For the moment, however, in dealing with realizations, it is appropriate to mention one problem encountered with leases, licenses and franchises.

A contract, however, must have at least two parties, and the trustee cannot sell or assign the right of the other party who is not bankrupt. In contracts like the ones mentioned here, one of the reasons why the other party will have granted the rights to use leased space or to use a copyright

or trade mark for purposes of manufacture or trade will probably have been the personal reputation of the grantee of these rights, namely the debtor. The grantor of the rights will wish to ascertain that any further transferee of these rights enjoys a reputation which will make it advantageous for the grantor to allow the new transferee to exercise the rights and, naturally, after the grantor's experience with the debtor's bankruptcy, he will want to assure himself that the new transferee is solvent. For this reason, even though certain legislative provisions, and even the contracts themselves, may contain provisions allowing for assignment by the grantee of his rights in the contract, the grantor will of necessity reserve for himself the right to consent to any such transfer. The trustee would be well advised to take the precaution of consulting the grantor about the transfer of such rights before even advertising them for sale. If the trustee fails to obtain this consent beforehand, he may well find himself with a contract which because of his own negligence, he will not be able to execute with the prospective purchaser and he will be responsible for any damages resulting from any losses as result of that negligence. Such situations are reminiscent of the old adage that an ounce of prevention is worth more than a pound of cure.

ACCOUNTS RECEIVABLE

---Introduction

Realization of accounts receivable does not necessarily involve sale of the accounts, although under certain circumstances, sale may be advisable. The trustee really has two choices here. One of them is to proceed himself to collect all the accounts receivable. If he thinks that the collection process will be too difficult or too costly, he can try to persuade someone else to pay him a fixed price, set at a certain percentage of the total of the accounts receivable, which would be the final return on the accounts receivable, for the estate, transferring ownership of all the accounts receivable to the purchaser, leaving to the purchaser the task of collecting them himself.

--- Trustee's Legal Warranty

A trustee may be obliged to warrant that the accounts receivable actually exist, that is to say, that there has definitely been a contract entered into between the debtor (before his bankruptcy) and another person,

by virtue of which that other person owes money to the debtor, at the date the trustee sells the accounts.

A few illustrations will clarify this point. Suppose that the bankrupt had sold and delivered goods to one of his customers. The customer's (i.e. the debtor in the account receivable) obligation to pay is enforceable by virtue of the fact that the seller (now bankrupt) has done everything the contract of sale obliged him to do, that is to say, he delivered the goods.

Under such circumstances, the customer's obligation to pay the price of the goods is clear and the seller's (and in bankruptcy his trustee's) right to recover the price is unfettered by any legal obstacle.

Now, on the other hand, suppose that the seller has not delivered the goods. He has not fulfilled his obligation under the sale. Consequently, the law does not entitle the seller to demand payment of the price, and will continue so to disentitle him until he has delivered the goods. Any legal action to recover the price will be defeated for this reason alone. In other words, as long as there has been no delivery, there is no right to demand or to receive the price; there is no account receivable in existence, and therefore no account receivable to transfer.

Similarly, if only part of the goods sold has been delivered, the seller has an account receivable only for that part, but not for the undelivered balance.

Again, similarly, if the goods were warranted to be of merchantable quality and are later found to be defective, the seller, having failed in his warranty, has not fulfilled his obligation, and therefore cannot demand payment or have an account receivable.

The foregoing related to causes which would <u>prevent</u> an account receivable from coming into existence. However, there can also be causes which cancel a valid account receivable <u>after</u> it has come into existence.

For instance, once an account receivable has been paid, it is extinguished. Thus, once the customer pays the seller for the goods delivered, the seller no longer has that account receivable. Therefore he cannot transfer it. If he attempts to transfer the non-existent account and the transferee pays for it, the transferee will be entitled to recover what he paid for it. Thus, if the trustee transfers an account receivable on

which he has already recovered payment, the trustee may be liable to the transferee for reimbursement of the purchase price if he has warranted the existence of the accounts.

---Lafrance v. Gagnon (1925) 7 C.B.R. 340.

Other causes extinguishing accounts receivable would include:

(1) release of claim given by the claimant to his debtor;

(2) set-off between counter-claims;

(3) expiry of statutory limitation of action or prescriptive period governing a claim;

(4) a clause in the contract terminating the claim after a certain period of time.

---Excluding Warranty as to Solvency

The trustee should take the precaution of excluding any warranty as to the solvency of the bankrupt's debtors. The purchase of accounts receivable is really a matter of speculation; what the trustee is selling to the purchaser is merely the legal right to collect the accounts assigned, but the trustee does not undertake to sell credit-worthy accounts. The purchaser may even take the risk of having to file proofs of claim in other bankruptcies himself.

--- Executing the Sale

Be that as it may, the trustee and the purchaser should follow the requirements of the legislation in the appropriate territorial jurisdiction for assignments of book debts. The assignment should specify that the transaction is being made at the sole risk of the purchaser, and that the purchaser undertakes to have fulfilled all legal formalities regarding the accounts assigned to him, that is to say, that he will attend to registration of the assignment at his own expense, and that he will undertake the necessary notifications to the debtors of the accounts at his own expense as well. The idea is to save the estate as much expense as possible.

LIFE INSURANCE POLICIES

--- GENERAL RULES APPLICABLE ACROSS CANADA

--- Who is Owner or Policy holder

A person who contracts with an insurance company, a life insurance policy to pay a sum of money to a beneficiary upon his death, and who pays the premiums for the policy, is considered as the owner of the policy.

--- Rights of Owner or Policy holder

During the owner's lifetime, he has several rights with respect to the policy:

(1) he can designate beneficiaries by:

(a) making the policy payable to himself or to his "estate", or generally to his "heirs and legal representatives" (both of which terms mean exactly the same thing) without specifically naming anyone;

(b) naming one or more specific beneficiaries, who may or may not be members of his immediate family;

(c) assigning the life insurance policy as collateral for an advance of money either by the insurer or by another creditor "as his interest may appear", with provision for returning any balance to the policy-holder's estate;

(2) he has the option of obtaining from the insurance company the cash surrender value of the policy by surrendering the policy.

--- When Owner Is Bankrupt

If the owner becomes bankrupt, then the trustee's rights in the policy will be determined by what the owner has done with the policy prior to the bankruptcy. In certain cases, the policy may fall outside

the property of the bankrupt described in Section 47(c) and (d) of the Bankruptcy Act, and therefore be unseizable by the trustee.

---Cash Surrender Value May Be Asset of Bankrupt Estate

Bankruptcy Act Section 47(d) states that the property of a bankrupt divisible among his creditors shall comprise "such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit".

The property of the bankrupt being vested in the trustee in bankruptcy by virtue of Section 50(5), all of the bankrupt's powers over that property are also assigned to the trustee. This includes the option to claim the cash surrender value of a life insurance policy made payable to the bankrupt:

---Fortier v. Nault (1953) 34 C.B.R. 5.

In bankruptcy, the trustee can exercise this option for the mass of creditors of the bankrupt policy holder, even though outside of bankruptcy, no individual creditor or group of creditors could seize it, opt for it, or force the policy holder to opt for it:

---Gagnon v. City of Montreal [1956] R.P. 385.

---Lauwers v. Tardiff [1966] CS 79.

--- Where No Beneficiary Named

If the policy is made payable to the owner or to a benefiacry described merely by the words "to my estate" or "to my heirs and legal representatives", then, the policy is a part of the bankrupt estate, under Section 47(c) and the definition of "property" in Section 2, and because the bankrupt might have surrendered the policy and claimed its cash surrender value, Section 47(d) empowers the trustee to do so for the benefit of the creditors.

---How to Realize

Unlike the other realizations, there is no sale involved in this

asset, but rather, merely a right of recovery from the life insurance company which issued the policy, in accordance with the terms of the policy.

To obtain the cash surrender value, the trustee should follow the instructions provided for this purpose in the life insurance policy and should remit to the insurance company, in addition to any other documents which the company may require, certified copies of the debtor's assignment (Form 29) and of the trustee's certificate of appointment (Form 32).

If the trustee is in doubt as to whether or not the asset is within the bankrupt's estate, he should in any event make a claim to the life insurance company in accordance with the terms of the policy, and if he does not get an immediate return of the cash surrender value, consult a solicitor to determine the validity of any objection which the life insurance company may raise to releasing the cash surrender value.

--- Where Beneficiary Is Bankrupt

If the beneficiary is bankrupt, it must be ascertained whether or not he or she has accepted the appointment of beneficiary, and therefore whether he or she could claim the face value proceeds of the policy upon the death of the life insured.

If he or she has not accepted as at the date of bankruptcy, than his or her right to accept depends upon whether or not the owner has revoked the appointment of beneficiary. The best procedure is to notify the insurance company immediately of his or her acceptance, WITHOUT making previous inquiries. If the insurance company replies that revocation has already taken place, then the policy face value proceeds do not belong to the bankrupt estate. If the insurance company confirms the acceptance, then the proceeds of the policy will become payable upon death of the owner, if death occurs prior to discharge.

The reason why the trustee should proceed without making prior inquiries is to avoid the possibility that the policy be withdrawn from the assets of the bankrupt estate by revocation counselled to the owner by his friendly insurance agent, who is bound to protect the OWNER's interests.

--- Special Protection For Immediate Family of Insured

All the provinces in Canada have provisions enabling an insured to designate members of his family as beneficiaries with the express purpose

of protecting them financially should the insured die insolvent or bankrupt. These provisions exempt the proceeds or face value of the policy from seizure whether in satisfaction of the debts of the insured or of the debts of the beneficiaries

--- British Columbia:

Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c.197 s.139(2) as amended by SBC1962, c.29, s.3.

--- Ontario:

Insurance Act, R.S.O. 1970, c.224, s.170(2).

--- Quebec:

Husbands and Parents Life Insurance Act R.S.Q. 1964, c.296, ss. 30, 31.

They do not form part of the assets of the bankrupt estate of the policy holder once members of the bankrupts, immediate family have been designated beneficiaries, and the policy holder has no control over the cash surrender value, whether or not these beneficiaries have accepted their appointment as such.

Section 71(1) of the Bankruptcy Act also protects the premiums paid for such policies from seizure by the trustee.

---SPECIAL PROVINCIAL RULES

The foregoing rules are applicable across Canada. There may, however, be different rules regarding validity of acceptance by a beneficiary, forfeiture by divorce of status of beneficiary,and similar matters,varying from one province to another. The mobility of persons in this day and age means that a bankrupt in the province where the trustee practices may have a policy entered into in another province or which has a clause subjecting the policy to the laws of another province. It is the law of the province mentioned in the policy which governs that policy, and not necessarily the law of the province where the trustee practices.

No attempt will be made here to give details of these differences;

for the purposes of this paper, it is sufficient that the trustee be aware that they do exist and may affect his rights of recovery of either the cash surrender value or the proceeds.

SPECIAL PROVISIONS REGARDING SALES OF REAL ESTATE IN THE PROVINCE OF QUEBEC

---INTRODUCTION

A debtor may own property within the province of Quebec, whether he becomes bankrupt in the province of Quebec itself, or in any of the common law provinces. The systems of land tenure and transfer of title are very different as between Quebec and the common law provinces, and for this reason, the Bankruptcy Act has made special provisions therefor in Sections 64 to 68 inclusive and Section 100(3), which deal with the procedure to be followed by the trustee in order for him to be able to transfer title to property over land situated within the province of Quebec.

This section of the paper, therefore, is important to trustees anywhere in Canada who may find real estate in the province of Quebec among the assets of any estate.

The manner of holding land, using it, and transferring title over it are generally regulated by the laws of the territorial jurisdiction within which the land is situated (Quebec Civil Code article 6(1)). All documents evidencing title to land and transactions concerning the land, including both transfer of title and liens given as security for repayment of debts, must be registered in registry offices set up for that purpose in the locality where the land is situated so that anyone wishing to have any dealings with the land will have easy access to a clear public record of any legal obstacles which may prevent the acquisition of title or lien.

Not only is the law of title and transfer different, but also the law regarding liens is different. Furthermore, apart from a few statutes designed for certain specific purposes, the Civil Law of Quebec has no institution of trust, which originates in the English Common Law.

To remedy these deficiencies regarding the Bankruptcy Act's operation in the province of Quebec, the provisions now found in Sections 64 to 68

and 100(3) had to be added in 1923 by the amending statute 13-14 Geo V, S.C. 1923, c.31, ss.20, 28.

Sections 64 to 68 deal specifically with properties upon which the debtor has granted hypothecs and privileges. (For the benefit of trustees in the common law provinces, a hypothec fulfills much the same function as the English Common Law mortgage, although it is different in many respects. Strictly speaking, in Quebec Civil Law there is no such thing as a "mortgage". The privilege fulfills the same function in Quebec as a mechanic's lien in the common law provinces, and also is used to secure payment of the balance of the price of sale of real estate.)

--- Hypothecs and Privileges

According to Quebec Civil Code article 2016, "hypothec is a real right (i.e. a right to go after property, in the hands of whomsoever it may be, rather than against a specific person) upon immoveables (i.e. land and buildings) made liable for the fulfillment of an obligation, in virtue of which the creditor may cause them to be sold in the hands of whomsoever they may be, and have a preference upon the proceeds of the sale in order of date as fixed by (the Quebec Civil Code)."

Article 2057 gives the creditor, in order to secure his right, a remedy called the hypothecary action. According to Civil Code article 2061, "the object of the hypothecary action is to have the holder of the immoveable condemned to surrender it in order that it may be judicially sold, unless he prefers to pay the debt in principal, interest as secured by registration, and costs.....".

Article 2074 gives the creditor the right to "follow the immoveable", no matter to whom the immoveable is transfered. Throughout the court action, a very important feature, stated in Article 2079, and essential to the understanding of the trustee's rights of sale under Sections 64 to 68, is that "the holder surrenders only the occupation and possession of the immoveable; he retains the ownership until the adjudication and he may at any time before such adjudication stop the effect of the hypothecary judgment and of the surrender, by paying and depositing the full amount of the plaintiff's claim and all costs."

Privileges in the Quebec Civil Law are used for numerous purposes, to give liens to various kinds of claimants for their claims. The two most important ones with which a trustee would be confronted have already been mentioned above. According to Quebec Civil Code Articles 1981 and 1983, a privilege is a right to be paid by preference on the proceeds of sale of the property affected by the privilege. With certain exceptions, they must be registered against the property, and within six (6) months after registration, the creditor must take an action in court to preserve it. Once again, as in the case of hypothecs, the purpose of the action in declaration of privilege is to have the court declare that the property is subject to a valid privilege, and that the property be sold by judicial officers, and that the privileged claimant be paid by preference out of the proceeds of that sale.

--- Speedy Realization

An hypothecary creditor can realize upon his security by legal action demanding judicial sale or demanding ownership through "giving in payment".

Legal action demanding judicial sale is the only manner in which creditors holding privileges can realize upon their security. However, the fact that proceedings must be taken in court, and that there is no shorter way to proceed, means that the estate could conceivably be delayed in realizing upon this property, if there is any equity in it for the creditors. Therefore, the first purpose of Bankruptcy Act, Sections 64 to 68 inclusive is to give the trustee a speedy procedure by which he can be authorized to sell the property, without waiting for the outcome of the action taken by the hypothecary or privileged creditors, pay them out their secured claims, extinguish the hypothecs and privileges, and keep the equity for the estate.

---Conditions For Granting of Trustee's Application

It is only where there will be an equity for the estate that the court will consent to grant permission to the trustee to sell the property. Each case must be decided upon its own merits:

---In re Lafrenière (1928) 10 CBR 291.

The court in this case said:

> "(translation) There should also be considered the fact that the trustee is interested in having the real estate sold at a price which gives something to the unsecured creditors after payment of the liens affecting the real estate. In the case of sale by sheriff, the sheriff generally takes no interest in doing more than his duties in holding the sale and the secured creditor has no right to make any effort to have the real estate sold for more than is necessary to protect his own claim. Therefore, each case must be judged according to its own circumstances".

This case also held that the secured creditor who finds himself paying costs of sale of the trustee, will not be forced to pay more than he would have paid on a sheriff's sale, and if necessary, the trustee's costs on the sale will be reduced accordingly.

--- Problems In Applying Common Law Concepts In Quebec

There are further reasons for these provisions in Quebec. Section 62 of the Bankruptcy Act, obviously drawn in the language of the English Common Law, provides that:

> "All sales of property made by the trustee vest in the purchaser all the legal and equitable estate of the bankrupt therein".

In the English Common Law, legal and equitable title can be divided, so that if a trust were created in favour of a beneficiary, the beneficiary, receiving the ultimate right to have the land against others, would have the equitable or beneficial title over those lands, and the trustee, keeping the land in trust for the beneficiary, would have a legal title over the land in order to enable him to administer it in the manner in which the beneficial owner might have administered it, but always subject to the duty to return either the land or its value to the beneficial owner. When, by section 50(5), upon bankruptcy ,the property of the bankrupt passes to the trustee, the trustee, acting on behalf of the creditors collectively, is in the situation where he has the legal title, and the equitable title vests in the creditors, that is to say, they have the final rights collectively to distribution of the proceeds of sale of the immovable, and act through the trustee to obtain it. When, under section 62, the trustee transfers all the legal and equitable estate of the bankrupt in the property, the money given in consideration for the equitable title will go to the creditors.

72. Quebec Civil Law does not recognize splitting of title with right in more than one person to alienate or transfer. The Quebec position is that only one person can have the right to alienate, and that any other person given any kind of right over the property short of full ownership cannot alienate it, but can exercise his rights only subject to the original owner's right to alienate. Because the concept of trust is foreign to Quebec, there was initially some misunderstanding as to whether the trustee in bankruptcy, as his role was understood in Quebec, could have the power to transfer the ownership over the property. The Common Law mind, in attempting to appreciate the position of a Quebec trustee, would have said that if title belonged to the creditors, and could not be shared with the trustee, the trustee could not alienate. Conversely, if the title belonged to the trustee, the creditors, having no part of that right, would have no claim over the proceeds of sale. In order to eliminate such confusion, sections 64 to 68 make it clear that the trustee does indeed have power to alienate under Quebec Law, based upon the theory that the trustee takes the right of ownership from the debtor for the benefit of all the creditors and exercises it as their agent for their benefit. Therefore, any obstacle to the trustee's ability to transfer full title to a prospective purchaser is removed.

--- Rights of Hypothecary and Privileged Creditors in Private Sales

Under Civil Code article 2074, transfer of title in the property does not stop the hypothec from having full force and effect over the property, so that the hypothcary creditor can enforce the hypothec against any person who holds it, including the purchaser of the property. This must be distinguished from the purely personal action against the debtor, for damages only, which would have been suspended by Bankruptcy Act section 49(1). It must also be distinguished from the personal hypothecary action, which gives the hypothecary creditor:

(1) the right to pursue both the original debtor, against whom bankruptcy has suspended the creditor's personal right, and any one else who agreed to assume the debtor's personal liabilities for the payment of the claim (which would render all of that person's property, movable and immovable, present and future, liable for fulfilment (Civil Code article 1980)),

(2) as well as the hypothecary right against the hypothecated property itself, considered apart from and in addition to, and not to be confused with, the creditor's rights against all the property of a person so assuming the debt.

The Bankruptcy Act, section 65(2) subjects private sales, that is to say, sales by tender or private contract conducted under section 14(1)(a), to the hypothec or privilege, but not to any other right. The reason for this is to ensure that the trustee himself will not be taken to have assumed voluntarily the personal liability of the debtor. Thus, whatever other rights the creditor may have had previously, what is left to him is the hypothec or privilege over the property, that is to say, the specific property over which the hypothec or privilege was granted, and not any other property which was not affected by the privilege or hypothec.

--- Rights of Hypothecary and Privileged Creditors in Sale by Auction

On the other hand, the rules are different for a sale by auction. Section 64(3) says that "any sale of public auction under this section (64) has the same effect as the sheriff's sale in the province of Quebec." According to the Quebec Code of Civil Procedure, article 696, "a sheriff's sale discharges the immovable from all real rights not mentioned in the conditions of the sale .....". That is to say, it discharges the immoveable from all the privileges and hypothecs.

The foregoing distinction between the effects of the private sales and sheriff's sales has been noted in the case of In re Byers and Craig (1922) 3 C.B.R. 302.

--- How the Bankruptcy Act Protects Their Rights

In order to ensure that the rights of the hypothecary and privileged creditors will be protected, while at the same time enabling the trustee to dispose of the real property quickly and obtain an equity for the estate, the Bankruptcy Act provides the following procedure in sections 64 and 65:

(1) Obtain a resolution from the inspectors authorizing the trustee to apply to the court for the sale of the specific property in question, giving the full legal description of the property (because the court will be required to authorize a sale of a specific property, and the judgment will have to be registered against that specific property) and containing the precise method of sale

to be used, that is to say, specifying either sale by private contract, sale by tender or sale by auction, and in the case of private contract, specifying the buyer, and the price for which the trustee should sell.

(2) Notify all the hypothecary creditors and privileged creditors having liens against the land in question; this will be ascertained by obtaining from the land titles registry office a certificate of search, which will indicate all the names.

This is done to obtain the consent of all the hypothecary and privileged creditors to either sale by private contract or sale by tender. If they all consent to the sale, then they protect their rights against the property in the hands of the purchaser; if only some of them give their written consent, and others do not, the objecting creditors will not be allowed to hinder the sale (see the Byers and Craig case cited above) but will be forced to co-operate with the creditors who have consented, by means of having their rights protected even though they may object to the purchaser. Despite the apparent wording of section 65(2), no distinction is made in the treatment accorded to the assenting and the objecting creditors. If none of the creditors assents, then the trustee will have to apply for sale by auction to the highest bidder; in the auction, all the hypothecary and privileged claims will be paid in preference to the creditors, notwithstanding their objection to the sale, (Code of Civil Procedure articles 714, 715 and 718.).

(3) The trustee then applies for the authorization of the court to make the sale by private contract or tender, if he has any consents, or to make it by auction, if he has no consent. He produces as evidence the resolution of the inspectors empowering him to sell, and also any written consents which he may have obtained. The proceeding must be served upon all the creditors involved.

After he receives judgment, section 65 requires the trustee to fulfill all the duties imposed on the sheriff by articles 2161d to 2161k of the Civil Code. The only duty that the trustee really has under these articles is to give a copy of the notice of the sale of the immovables under seizure to the registrar of the land titles registry office to remain deposited in his office and to be registered against the land in question, so as to notify persons having projected dealings with the property that it is in process of being sold by the trustee. From then on, the registrar makes all necessary entries in the registry office records and the registrar then attends to sending any notices which the law requires him to send to creditors and other interested persons.

The trustee may then complete the sale.

Bankruptcy Seminar
Montreal
November 23, 1973.

Working Notes on
ORDER OF PRIORITIES IN THE SCHEME OF DISTRIBUTION IN ESTATES UNDER THE BANKRUPTCY ACT

J. Bernard Carisse, M.C.L.

TABLE OF CONTENTS

ORDER OF PRIORITIES IN THE SCHEME OF DISTRIBUTION IN ESTATES UNDER THE BANKRUPTCY ACT

		Page
I	INTRODUCTION	1
II	ORDER OF PRIORITIES	2
	1. Funeral and Testamentary Expenses	2
	2. Costs of Administration	6
	3. Superintendent's Levy	10
	4. Claims of Wage Earners, etc.	15
	5. Municipal Taxes	21
	6. Landlord's Claim	25
	7. Costs of First Seizing Creditor	31
	8. Claims by Workmen's Compensation Board, Unemployment Insurance Commission and Department of National Revenue	32
	9. Claims Resulting from injuries to Employees of the Bankrupt	34
	10. Claims of the Crown	34
III	RIGHT OF SUBROGATION	37
IV	POSTPONEMENT OF PREFERRED CLAIMS	39
	1. Wage Claims	39
	2. Landlord's Claim for Rent	40
	SPECIAL SUPPLEMENT FOR QUEBEC ONLY	43

ORDER OF PRIORITIES IN THE SCHEME OF DISTRIBUTION IN ESTATES UNDER THE BANKRUPTCY ACT

I. Introduction

It has often been said that one of the fundamental purposes of bankruptcy legislation is to make an equitable and orderly division of the available and free assets of the debtor among his creditors. To this end, the Bankruptcy Act makes important contribution. It lays down that creditors who have a valid security under any provincial or federal law shall be at liberty to realize it, subject however to the right of the trustee to contest its validity under such legislation, to redeem it, if he considers the security excessive, or to require the creditor to realize it forthwith for the benefit of the bankrupt's estate. It also lays down that those who do not have a security, shall rank equally with every other creditor; and those with insufficient security may prove for the balance of debt owing to them after deducting the net amount realized, or surrender the security and prove for the whole claim. Some of the unsecured creditors are preferred over others and the claims of some others are deferred until all other creditors are paid in full. These exceptions reflect public policy but as the Study Committee in its Report on Bankruptcy and Insolvency Legislation (hereinafter referred to as the "Study Committee") points out, "for every person or group who receives more or fares better, another person or group may receive less or fare not so well." (p. 85)[1]. The Study Committee therefore advocated a thorough re-examination of the system of existing priorities in order to achieve a more equitable distribution and promote greater confidence in the entire bankruptcy system, thus creating greater interest of creditors in the administration of the system. The scheme of deferred participation, i.e. the postponement of certain claims, is of recent origin. It was designed to eliminate the increasing tendency of debtors to enter into shady deals with persons in close relationships, such as relatives by blood or marriage and associated or related companies or partnerships.

The power to enact laws with respect to bankruptcy and insolvency resides exclusively in the Federal Parliament, by virtue of s. 91(21) of the British North America Act, 1867 (Imp.), and such legislation if in "pith and substance" in the sphere of the jurisdiction conferred by the Constitution, may touch upon any matter within the exclusive jurisdiction of provinces.

(1) Para. 3.0.02

It is beyond dispute that if the provisions of the Bankruptcy Act determining the priority of creditors' claims conflicts with the preferred position given by provincial law, the Bankruptcy Act prevails: In re Gingras Automobile Ltée (1962) S.C.R. 676; 4 C.B.R. (N.S.) 123. And it has also been decided that under this jurisdiction, the Dominion Parliament has power to determine what priority who shall enjoy and to decide that the claim of the Dominion Government should be paid in priority to a claim of the province: In re Silver Bros. Ltd. 11 C.B.R. 103 (S.C.C.), affirmed (1932) A.C. 514, 13 C.B.R. 223. It has also been held that Parliament has power to take away the security given to a claimant by provincial legislation, such as the Workmen's Compensation Board and to determine the priority of such a creditor: In re R.A. Nelson Const. Ltd. 8 C.B.R. (N.S.) 221 (B.C.). It is submitted, however, that where under valid provincial laws a debt or claim is recognized, it is not within federal jurisdiction to deny its existence, as distinct from determining the rank that will be accorded to it, as it is an unnecessary encroachment in matters of "property and civil rights", a jurisdiction conferred exclusively on provinces.

In this paper, the order of priorities laid down by section 107 will be discussed in light of cases that have come before and decided by the courts. The observations and recommendations of the Study Committee will also be set out as the Bankruptcy Bill when presented to Parliament is likely to take account of many of these recommendations.

II. Order of Priorities

1. Funeral and Testamentary Expenses

The Bankruptcy Act gives first priority to reasonable funeral and testamentary expenses incurred by the legal personal representatives of a deceased bankrupt: s.107(1)(a). [1] Does this mean that only a debtor who dies after becoming bankrupt gets priority, or does it include an estate

---

1. Funeral expenses presumably would include cremation expenses. In England, by the Cremation Act, 1902, c.8, s.9, expenses incurred in cremation are deemed to be funeral expenses. There is no similar legislation in Canada.

declared bankrupt after the death of a debtor? Under the section in force formerly (s.125B, enacted by s.42 of the Bankruptcy Act Amendment Act, 1932, c. 39), it was held by Mr. Cook, Registrar of the Ontario Supreme Court in Bankruptcy, that the priority did not apply if a deceased debtor died after making an authorized assignment or after having been adjudged bankrupt; it applied only if his status was not that of a bankrupt at the time of his death: In re Walters, Ex p. Alice Walters (1934) 15 C.B.R. 465. This does not appear to be correct for s.125B referred to "the administration of the property of a deceased insolvent debtor" whereas the corresponding provision of the English Bankruptcy Act 1914 , c.59, s.130, on which the Canadian provision was purportedly based, does not use the word "insolvent" in subsection (6).

The Study Committee in its Report took the view that the present wording, "deceased bankrupt", can only refer to

> "a debtor who has died after he became bankrupt. It cannot refer to a debtor whose estate becomes bankrupt after his death, as the estate cannot be referred to as a "deceased bankrupt." (page 120).

If this is correct and the decision in Re Walters (supra) wrong, there was apparently no change in the priority when the present Bankruptcy Act was passed in 1949. Houlden J. in the recent case of In re Bertram (1972) 3 O.R. 903 takes a different view. He says that the words "deceased bankrupt" are intended to include both the situation where the debtor died before bankruptcy occurs and also where he has died after the date of bankruptcy. In support of this he relies on the words immediately following "funeral", viz "and testamentary expenses", and says that these words would have no meaning if it were held that the section only referred to persons who had died after the date of bankruptcy; "there could be no testamentary expenses as the trustee in bankruptcy would be administering the estate." Mr. Justice Houlden's judgment no doubt avoids the anomalous result which the Study Committee's Report points out, that is,

> "a claim for funeral expenses, which existed as of the date of bankruptcy of an insolvent estate is not given priority, while a claim for funeral expenses, which was not even in existence at the date of the bankruptcy of the debtor, ranks as a first

> priority. Furthermore, this is a strange result since such a claim, having necessarily occurred after the bankruptcy, is not "provable in bankruptcy" and, for that reason, should not normally qualify for a dividend." (at page 120).

The Study Committee has recommended that the priority given for funeral and testamentary expenses should be abolished. It recognized the argument that abolition of the priority may,

> "make it more difficult to arrange for the burial of an insolvent or a bankrupt who may then have to be buried in a pauper's grave or at public expense. At worse, however, this would be no different from the many other cases of debtors dying insolvent. Moreover, if the deceased was a bankrupt, he could have, on his death, a small estate consisting of the property that he accummulated after his bankruptcy. This estate could be used to pay the funeral expenses."

The section refers to "funeral....expenses incurred by the legal personal representatives....". If the deceased died bankrupt and a municipal authority bears the funeral expenses as required by provincial statutes[1], would it be subrogated to the right of priority given to the legal personal representatives by this section? If it is, or if the term "legal personal representatives" can be applied to them, it will have an advantage. It is

---

1 In Saskatchewan, a duty is imposed on every municipality to bury indigent persons, and they are empowered to recover the expenses of burial from those otherwise liable for the same: City Act, R.S.S. 1965, c.147, ss.231 (para 155), 318; Town Act, c.148, ss.217 (para 138), 289; Village Act, c.149, s.242; Rural Municipality Act, c.150, ss.203, 253; Local Improvement Districts Act, c.151, s.121. There were similar provisions in force in Alberta (R.S.A. 1955, c.42, s.341; c.215, s.294) but when these statutes were repealed and re-enacted, the sections were replaced by more general provisions.

submitted that it has no such right, and the only way the term "legal personal representative" can be applied to a municipality is if it takes out a letter of representation in the capacity of a "creditor" of the estate.

The trustees should be aware of the general provisions of the law relating to liability for funeral expenses. At common law, a husband was liable for the funeral expenses of his wife, even of a separated wife, if she left no estate sufficient to meet such expenses: Jenkins v Tucker (1788) 1 Hy. Bl. 90; Ambrose v Kerrison (1851) 10 C.B. 776; Bradshaw v Beard (1862) 12 C.B. N.S. 344. Even under the law as it stood, if the deceased wife left some estate, even though it was insolvent, the husband was entitled to retain out of her estate the expenses of her funeral: Re M'Myn, Lightbown v M. Myn (1886) 33 CH. D. 575; Rees v Hughes 1946 K.B. 517 (CA.); Re Gibbons (1899) 31 O.R. 252. It has however been held in Re Sea (1905) 11 B.C.R. 324, 1 W.L.R. 460 and in Re Montgomery, Lumbers v Montgomery (1911) 20 Man. L.R. 444, 17 W.L.R. 7, that a husband cannot recover from the wife's estate money disbursed for the expenses of her funeral unless she has charged them by will upon her estate, or unless there is some statute making such expenses a charge upon her separate property.

The Fatal Accidents Acts and similar legislation in some provinces provide for the recovery of reasonable funeral expenses from any person who caused the death of the victim through negligence: See British Columbia, R.S. 1960, c.138, s.4(5)(b); Alberta, R.S. 1970, c.139, s.8, Saskatchewan, R.S. 1965, c.109, s.4; Manitoba, R.S. 1970, c. F-50, s.4(3); Ontario, R.S. 1970, c.164, s.3(2); Nova Scotia, R.S. 1967, c.100, s.4(3); New Brunswick, R.S. 1952, c.82, s.3(2); and Prince Edward Island, R.S. 1951, c.57, s.10. In the absence of such legislation it would appear that funeral expenses cannot be recovered as damages: See Toronto Ry. Co. v Mulvaney (1907) 38 S.C.R. 327 where the claim of the father of deceased person was rejected.

In several provinces, the putative father is liable for the cost of funeral of an illegitimate child, under child welfare legislation: See Saskatchewan, R.S. 1965, c.268, s.100 (2)(d); Ontario, R.S. 1970, c.64, s.59 (1)(a); New Brunswick,R.S. 1952, c.108, ss.16(1), 37 (amended 1956, c.40); Prince Edward Island, R.S. 1951, c.23, ss.21(1)(d), 43(b); Newfoundland,

RSN 1970, c. 38, s.18(b) . (Similar provisions were in force in Alberta, R.S. 1955, c.39, s.101 and Manitoba, R.S. 1954, c.35, ss.48(1)(a)(ii), 65(a),(c)).

2. Costs of Administration

Second priority is accorded by the Bankruptcy Act to the costs of administration, including the expenses and fees of the trustee and legal costs. Legal costs rank after the trustee's claim has been fully satisfied. It is the normal practice of a trustee (as also of the lawyer retained by him) to take a guarantee for his fees and expenses before agreeing to act as a trustee, but this does not make any difference to the statutory priority; to the extent that the bankrupt's estate is able to reimburse these costs, the guarantee abates: Re Bona (1962) 3 C.B.R. (N.S.) 270 (Ont.) A trustee who is condemned in costs in litigation against the bankrupt is entitled to the same priority for such costs: Re Montreal Quarry Ltd.(1959) 38 C.B.R. 181 (Que. S.C.). It has also been held that the costs incurred by a trustee in taking over an action from a corporation after it had made an assignment in bankruptcy, getting a judgment and later, on appeal, appearing in the Court of Appeal, when the previous judgment is reversed, constituted legal costs within the meaning of s.155(6)(d) (now s.168(6)(d) and as such ranked in the order of priority set out in this section.

The statutory provisions dealing with a trustee's costs, fees and disbursements are to be found in sections 21 and 127, the latter section dealing with summary administration, and in Rules 62 and 110-112 of the Bankruptcy Rules. These are reproduced below:-

Section 21:

(1) "The remuneration of the trustee shall be such as is voted to the trustee by ordinary resolution at any meeting of creditors.

(2) Where the remuneration of the trustee has not been fixed under subsection (1), the trustee may insert in his final statement and retain as his remuneration, subject to increase or reduction as hereinafter provided, a sum not exceeding seven and one-half per cent of the amount remaining out of the realization of the property after the claims of the secured creditors have been paid or satisfied.

(3) Where the business of the debtor has been carried on by the trustee or under his supervision he may be allowed such special remuneration for such services as the creditors or the inspectors may by resolution authorize, and, in the case of a proposal, such special remuneration as may be agreed to by the debtor, or in the absence of agreement with the debtor such amount as may be approved by the court.

(4) In the case of two or more trustees acting in succession the remuneration shall be apportioned between the trustees in accordance with the services rendered by each, and in the absence of agreement between the trustees the court shall determine the amount payable to each.

(5) On application by the trustee, a creditor or the debtor and upon notice to such parties as the court may direct, the court may make an order increasing or reducing the remuneration."

(Section 123 provides for taxing of accounts of the trustee).

Rule 62:

Remuneration of Trustees

(1) Unless the court otherwise orders, the remuneration of the trustee shall be deemed to cover all services performed by the trustee, his partners and employees.

(2) In taxing the accounts of a trustee pursuant to section 123 of the Act, the taxing officer shall tax disbursements at the rates provided by the tariff.

(3) The disbursements of a trustee shall not include reimbursement for the use of the premises or facilities of the trustee.

(4) Where a trustee has arranged for an interpreter in accordance with subsection (2) of section 88 or subsection (4) of section 96, the trustee shall, on the taxation of his accounts pursuant to section 123 of the Act, be allowed such fees as the court deems reasonable.

(5) Subject to the Act and this section, the court shall determine the disbursements that may properly be charged by the trustee.

Section 127: (Summary Administration)

The trustee shall receive such fees and disbursements as may be prescribed.

Rule 110:

Trustee's Fees and Disbursements in Summary Administration

Subject to rule 112, the fees to be received by the trustee for the services described in column I of an item of Schedule AB performed by him in a summary administration are the fees set out in column II of that item.

Rule 111:

Subject to rule 112, the disbursements payable to the trustee in a summary administration shall be fifty dollars.

Rule 112:

Where the trustee performs extraordinary services or incurs extraordinary disbursements in a summary administration he may,

> in addition to the fees and disbursements prescribed in Rules 110 and 111, receive such fees and disbursements in respect thereof as the taxing officer may allow him. (See also Schedules A and AB).

Problems in this area arise where a debtor lodges a proposal with one trustee and the proposal is not accepted by the creditors or approved by the court, or, if accepted and approved, is not carried out by the debtor; the difficulty arises when the debtor is then petitioned into bankruptcy or files an assignment, and a different trustee acts as trustee in bankruptcy.

In re McCartney Sales & Service Ltd. (1955) 35 C.B.R. 61 where the proposal lodged with the trustee was not accepted by the creditors, the court held that the trustee's fees and expenses were not a preferred claim; where the creditors accepted the proposal and it was approved by the court, but the debtor defaulted and as a result was thrown into Bankruptcy, the Supreme Court of Canada upheld the claim of the trustee of the proposal to rank as a preferred creditor under this section: Perras v Boulet (1959-60) , 38 C.B.R. 168. In the McCartney case, Smily J. was of the opinion that the trustee referred to in s.95(1)(b) was the trustee of the bankrupt estate after bankruptcy, but this view must now be taken to have been disapproved by the Supreme Court of Canada: See comment 38 C.B.R. 173.

It should be borne in mind that s.46(2) of the Act specifically saves the operation of proposals made under the Companies' Creditors Arrangement Act and s.46(1) states that all the Bankruptcy Act provisions apply mutatis mutandis to proposals. In the case of In re Mount Bruno Holdings Ltd., (1960) 1 C.B.R. (N.S.) 138, the Superior Court of Quebec in Bankruptcy applying the McCartney case (supra) held that as the compromise was approved by the court but the debtor defaulted and made an assignment under the Bankruptcy Act, the trustee of the compromise is entitled to be paid his disbursements in accordance with the priority laid down in this section. The court did not refer to the Supreme Court's decision in Perras v Boulet. That case has settled the point not only with respect to disbursements but also fees of the first trustee: See comment 1 C.B.R. (N.S.) 141.

In the case of In re Mastrogiovanni (1972) 1 O.R. 724 the court held that a solicitor, who was brought in by creditors in connection with a proposal, was entitled to bill of costs even though the proposal was later rejected by the Court upon the recommendation of the trustee; it said that the bill of costs should be paid either by the trustee acting on the proposal, if there are funds, or as a preferred claim upon the bankrupt estate in accordance with this section.

3. Superintendent's Levy

For the purpose of defraying the expenses of supervision, Section 118 provides that a levy shall be payable to the Superintendent of Bankruptcy on all payments made by the trustee by way of dividend or otherwise on account of the claims of creditors, whether unsecured, preferred or secured creditors, and including Her Majesty in right of Canada or a province claiming in respect of taxes or otherwise. The only exception is in respect of the costs of first seizing creditor under Section 50(2). The levy to be collected is that fixed by the Governor in Council from time to time and to be charged proportionately against all payments and deducted therefrom by the trustee before payment is made.

By Section 107(1)(c) this levy ranks third in priority.

Rule 108 of the Bankruptcy Rules prescribes the rates as follows:

(a) Where the amount of payments are $1 million or less.....2%.
(b) Where the amount of payments exceed $1 million but do not exceed $2 million.....2% on the first $1 million, plus ½% on the excess.
(c) Where the amount of payments exceed $2 million.....2% on the first $1 million; plus ½% on the second $1 million; plus 1/10% on the excess over $2 million.

The Ontario Supreme Court has held that the levy payable under Section 118 must be limited to the payments made by the trustee in his capacity as trustee and in the course of and as part of the administration of the estate:

In re Colonial Mfg. Co. (1934) 15 C.B.R. 244. Hence, payments made by the trustee to a bank, not as a trustee but as agent for the bank, are not leviable. This may be illustrated by the case of Re Hart Equipment Co. (1957) 36 C.B.R. 103 (Ont.). In that case, the debtor company had carried on business as a manufacturer, and under an arrangement with its bank, which held s.88 security on all inventory of stock-in-trade, the trustee continued to operate the business from the date of bankruptcy until the first meeting of the creditors. The trustee and the bank agreed that the trustee should use the inventory in the manufacture of furniture and that the bank would receive the surplus or difference between receipts from sales and disbursements from operations. The trustee sought to charge a levy on the amount thus paid to the bank. Later, on the directions of the inspectors of the estate, the trustee obtained a court order permitting him to carry on the business of the bankrupt so far as it might be necessary for the beneficial administration of the estate. During the course of these operations, the trustee purchased directly from the bank part of the stock-in-trade secured under s.88 (Bank Act), valued at $26,168.84, and paid for it in the same way as he paid for the stock bought from other dealers for the purpose of manufacture. He purported to charge the bank a levy on this sum as well. Again, at a later date, the assets of the debtor company were advertised by the trustee for sale by tender, and by agreement with and with the consent of the bank, the balance of the inventory of stock-in-trade was included in the advertisement for tenders and was, subsequently, with the consent of the bank, sold to a purchaser for the total price of $130,000, of which sum, $36,900 represented the value of the stock-in-trade as agreed to by the bank. The trustee also deducted the levy on this last sum. It was held by the Ontario Supreme Court that levy was payable by the bank:

a) On the amount paid to the bank on the operations covering the period from the date of bankruptcy to the date of the first meeting of creditors, and
b) on the sum of $36,900 paid by the trustee to the bank as representing the value of the stock-in-trade sold on its behalf,

as these two payments were made to the bank as creditor in the course of and as part of the administration of the estate and not dehors the administration of the estate; this is covered by the words "or otherwise" in s.106 (now

s.118). But as the payment of $20,168.84 was not paid in that capacity it was not leviable.

Similarly, it was held in Toronto-Dominion Bank v Druker (1957) 36 C.B.R. 39 (Que.) that where a bank authorized the trustee to proceed with the sale of merchandise on which it had s.88 security, it was liable to pay the levy. On the other hand, where a bank prior to the bankruptcy seized the Accounts Receivable assigned to it by the bankrupt under s.88, and the trustee received the money on the accounts and remitted the same to the bank, it was held that the trustee was merely acting as a gratuitious agent for the bank, and no levy was payable: Re Brookfield Const. Co. (1964) 5 C.B.R. (N.S.) 283 (N.S.).

As a general rule, therefore, a secured creditor who realizes his security on his own, or to whom money is paid by the trustee not as a trustee but as a gratuitious agent, or a third person such as a purchaser of the goods or land covered by the security pays the money directly to the creditor, the trustee is not entitled to charge the statutory levy. The leading case on this proposition is Re Prudential Finance Corp. Ltd., Superintendent of Bankruptcy v J.R. Timmins & Co. (1968) 11 C.B.R. (N.S.) 138 (Ont. C.A.). In that case, the defendants, who were stockbrokers, held securities in excess of the indebtedness of the bankrupt company and they sought to realize the securities by sale by virtue of their right to realize on them, but pursuant to a court order they were unable to do so. The trustee then redeemed the securities and the issue was whether a levy is payable by the defendants under s.106 (now s.118). The court observing that the defendants never filed, nor intended to file, a claim in the bankruptcy proceedings and that it was their intention to satisfy their claim by realizing on the securities themselves, held that the s.106 levy was not payable;

> "having ample security, it had no need to file a claim, nor, of course, was the payment made to it by the trustee, to redeem the securities, a payment by way of dividend. In the circumstances such as exist in this case the trustee in exercising his right to redeem the securities held by the creditor, while he may be said to be paying the debt

of a secured creditor, is not paying a claim of the creditor, he is purchasing the interest of the secured creditor in the securities held by the secured creditor so that the other creditors who have filed claims against the bankrupt's estate may have the benefit of the equity of the bankrupt in the securities, and to do so must, of course, pay the debt or lien of the secured creditor. It seems to me that so far as the creditor is concerned, his position can be no different whether the sale of the securities is to a third party or to the trustee. I would hold, as did the learned trial judge, that the distinction made in some of the cases as to whether the amount owing to the creditor is paid by the trustee or assumed and paid by a person to whom the trustee sells the security is not a valid distinction in so far as it affects liability for payment of the levy under s.106.

The stated purpose of the levy is to defray the expenses of the Superintendent in respect of the bankruptcy proceedings. The wording of s.106 limiting the levy to payments by the trustee in respect of dividends and claims, read together with s.87(3), which refers to the payment of the debt, not the claim, of a secured creditor, where the trustee is redeeming the security, and the opening words of s.95(1): "subject to the rights of secured creditors", make it plain that the scheme of the Act is that only those creditors who benefit from the bankruptcy proceedings should pay the levy. The secured creditor, whose security is for an amount equal to or greater than his debt and who, consequently, does not file a claim in the bankruptcy proceedings, derives no benefit from the bankruptcy proceedings and is entitled, where the trustee redeems his security, to payment of his debt in full without deduction of the levy."

(per McKay JA at pp 143-44)

It is thus clearly established that if a secured creditor does not file a claim in the bankruptcy and the trustee redeems the security, there is no levy payable under s.118. But where the secured creditor files his claim but the trustee elects to redeem the security by paying the debt or the value at which the security has been assessed, what is the position? On the basis of s.87(3) (now s.99(3)) and the case of Re Skingley (1963) 5 C.B.R. (N.S.) 234 (Ont.) which decided that no levy was payable in such circumstances, and the Prudential Finance case, it appears that even if a claim is filed by the secured creditor, if the trustee elects to pay the claim, the s.118 levy is not payable. See comment, 11 C.B.R. (N.S.) 144-45. (Note that in the Skingley case, payment was not made by the trustee but by the purchaser on the direction of the trustee; but McKay J.A. in the Prudential Finance case has stated that this is not a valid distinction).

It was similarly held in Re Performance Drilling Co.(1967) 9 C.B.R. (N.S.) 78 (Alta.) that a levy was not payable by a secured creditor where the trustee sold the equipment on which the creditor held a chattel mortgage, and out of the proceeds paid off the mortgage, as the trustee was only selling the estate's equity in the property and the purchaser was in effect redeeming the security.

The Alberta Supreme Court in the above case held that mechanics' lienholders were secured creditors by virtue of s.2(r) of the Bankruptcy Act, and levy was not payable on payments made by the trustee to satisfy their claims. Furthermore, the fund for lienholders under the Mechanics' Lien Act is a trust fund held by the general contractor, etc., and therefore levy was not payable. For the same reason, no levy was payable where the payment was made to the lienholders by the debtors of the bankrupt's estate on the instructions of the trustee in settlement of their debt to the estate. As Smily J. says in Re Walter Davidson Co. Ltd. (No. 2) 37 C.B.R. 81 (Ont.) (1958) since the payment and distribution of the trust fund are something outside of the exercise by the trustee of his duties as trustee in bankruptcy, this fund, while it may be in the legal title of the debtor, is really not the property of the debtor for distribution amongst the creditors under s.39 (now s.47) of the Bankruptcy Act; however he allowed compensation and costs to the trustee to be paid out of the trust fund, and this he again awarded in Re Lennox Contractors Ltd. (No. 1) (1958) 38 C.B.R. 97 at 100.

A levy is payable on payments made by a trustee under a proposal, but if a proposal is annulled by the court, payments made after the date of annulment are not subject to levy as there is no bankruptcy within the meaning of s.38(1) (now s.47) of the Bankruptcy Act: Re Trynor Construction Co. (1964) 6 C.B.R. (N.S.) 98 (N.S.).

4. Claims of Wage Earners, etc.

The fourth priority given by the Bankruptcy Act is to wage earners and others in the employment of the bankrupt, up to three months wages, etc., to the extent of $500, and in the case of travelling salesmen, an additional $300 incurred as expenses or disbursements during the same period. The provision reads as follows:

s. 107(1)(d):

> "wages, salaries, commissions or compensation of any clerk, servant, travelling salesman, labourer or workman for services rendered during 3 months next preceding the bankruptcy to the extent of $500 in each case, together with in the case of a travelling salesman, disbursements properly incurred by him in and about the bankrupt's business to the extent of an additional $300 in each case, during the same period; and for the purposes of this paragraph, commission payable when goods are shipped, delivered or paid for, if shipped, delivered or paid for within the 3 month period shall be deemed to have been earned therein:"

The purpose of this priority, as Tweedle J. states in Re Gordean Furniture Co. (1923) 4 C.B.R. 237 (Alta.), is to protect that class of persons who depend upon the financial return from their personal services for their livelihood to the extent that they have rendered such services to the bankrupt or assignor within a specified time. For the same reason, those persons having a close connection or relationship with the bankrupt

employer and are expected to know of his financial credit or condition are excluded from this section and some of them are postponed until all other unsecured creditors are paid. These postponed claims will be discussed later in this paper.

The Study Committee thought that the three month period is ample time "as the employee knows that he is not being paid and should not mislead creditors indefinitely by working at their expense, when the bankrupt becomes such "slow pay" as to indicate that he is failing". In its opinion, it was "reasonable to restrict the period to 3 months" but it recommended "that the dollar amount be increased to $1,000 to take into account the decreased value of the dollar". (p. 121, para. 3-2-072).

Some of the problems encountered in this area of priority are the determination of the classes of persons entitled to be preferred, and the type of services rendered to the bankrupt.

It is clear from the section that it is intended to cover those in the employment of the bankrupt and not those who are rendering services to him under a contract for services. The former are, in legal jargon, called "servants", the latter "independent contractors". The question, to which category does the claimant belong, has been before the courts on several occasions and their tendency has been to give a liberal interpretation to the priority.

It is now well settled that exclusive employment of the claimant in the service of the bankrupt is an important consideration but not conclusive. It was held in Re Hercules Rubber Co. Ex p. Lambe (1922) 3 C.B.R. 121 (Ont.) that a travelling salesman who sold for other companies in addition to the debtor was entitled to preference, and in Kenny v Davison Lumber Co. (1922) 3 C.B.R. 206 (N.S.) a physician who was hired by the bankrupt lumber company to treat its

employees and supervise their health condition at lumber camps, was a servant even though he could also take outside patients. Similarly, in In Re Gordean Furniture Co. (supra) and In Re Kellerman, Ex p. Goldenberg (1933) 15 C.B.R. 197 (Ont.), an accountant, who for a monthly fee supervised the debtor's bookeeping was held to be a servant, even though he performed similar services for other companies.

The second important, though not conclusive test, is the degree of control which the bankrupt employer exercised over the claimant. As Masten J. in In Re Parkin Elevator Co. 37 O.L.R. 277 at 286 has put it,

> "a person who is subject to the control and direction of the employer as to the manner in which he shall do his work is a servant whereas an independent contractor chooses the mode in which the work is done."

This test is easier to state than to apply in practice, as will be seen from the following illustrations:

(i) A travelling salesman who did not exclusively sell for the debtor company but took orders from others but whose territory was limited and orders booked by him had to be accepted by the debtor was entitled to preference:
In Re Hercules Rubber Co. (supra).

(ii) A travelling salesman who had the right to sell the debtor's goods on commission but was not obliged to sell, and was in no way subject to the control of the debtor, was not entitled to preference:
In Re Specialty Bags Co. Ex p. Lamb (1922) C.B.R. 617 (Ont.) affirmed 4 C.B.R. 276.

(iii) A claimant who was to receive $ 25 for securing permits for gasoline pumps for the debtor company, was held not to be a servant, as he could do the work as he pleased:
In Re Phillips Sons Ltd. Ex p. Duthie (1923) 4 C.B.R. 184 (Ont.).

(iv) A trained nurse called by the physician in attendance, to perform nursing services under the physician's instructions, was held not to be an employee but an independent contractor, and hence not entitled to priority:
Re Livingston, Ex p. Dack (1941) 22 C.B.R. 334 (Ont.).

The third test that is often used, but not conclusive, is whether the claimant was in the regular employment of the bankrupt, with fixed hours, etc., or whether his employment was intermittent: Re Gordean Furniture Co. (supra).

On this basis it was held in In Re Haun (1931) 13 C.B.R. 1 (Ont.) that where a partnership for the use of a steam shovel and a truck claimed preference, it was not entitled as the work was done intermittently; but in In re Kellerman (supra) where a bookkeeper whose duties required him to review the debtor's books four or five times a month, it was held that he was entitled to preference.

A further test may also be used and that is whether the claimant is working for a fixed salary, but this test is not so important as the earlier ones discussed above: Re Gordean Furniture Co. (supra)

Having decided that the claimant is entitled to preference for the services rendered, it is next important to determine for what the preference is available. The subsection states that the preference is for "wages, salaries, commissions or compensation". It has been held that "wages"

includes vacation pay earned in the said three month period: In Re S.A. Baker & Son Ltd. (1951-52) 32 C.B.R. 147 (Ont.); Re Gadoury (1970) Que. S.C. 353. The services must be rendered to the bankrupt, so a claim for wages which are paid by another person are not entitled to preference: Re Rousseau 27 C.B.R. 121 (S.C.C.), (where a master mason who agreed to provide labour to the bankrupt contractor and who paid the wages of his workers was held not entitled to priority as the services for which wages were paid by him were not rendered to the bankrupt). Similarly, a director of the bankrupt company in In Re H.J. Logan Co.(1926) 7 C.B.R. 325 (Ont.) was held not entitled to preference in respect of moneys advanced by him for wages.

There must be arrears of wages, so that an employee whose services were terminated by the employer because of his bankruptcy but who had been paid all wages up to the date of bankruptcy, had no claim for preference; his claim for premature termination could be allowed only as an unsecured claim: Re Steel Service Ltd., Jacobs v Trustee (1935) 16 C.B.R. 238 (Ont.). Quebec law apparently is different: In Re N.A. MacDonald Co. 3 C.B.R. 520 which held that in Quebec if an employee under a contract is wrongfully dismissed, he is entitled to the salary allowed him under the contract, less any sum he earned elsewere. It should be noted that if a claim for wages is reduced to judgment, the preference is lost: In Re Ridgewood Golf Club Ltd. (1933) 15 C.B.R. 34 (N.B.) but if a promissory note is accepted by the employee for his wages, he does not lose his preference: Re Dean, Ex p. Kear (1931) 12 C.B.R. 377 (Ont.), nor would he lose his preference merely because he has a mechanic's lien: In Re Reeve-Dobie Mines Ltd.(No.2) (1920-21) 1 C.B.R. 540 (Ont.). However, this claim for preference is subject to any agreement by the employee to take the wages in some other form, e.g. stock: In Re Hercules Rubber Co. (where one-half of a travelling salesman's commission was payable in stock of a limited company, it was held that there was no preference as to that half); or loan: In Re Economic Ready to Wear Co. (1921-22) 2 C.B.R. 130 (Ont.) (where the employee agreed to allow one-half of his wages to remain as a loan to the company, it was held that he had no preference as to that half.)

Travelling salesmen are entitled to an additional sum of $300 for disbursements made or incurred within the three month period. Disbursements of other persons are not covered by this additional sum, but if entitled in addition to wages under their contract they may claim as "compensation", so long as the total sum claimed as wages and disbursements does not exceed $500.

Under the head of "compensation" a person may claim expenses, "fringe benefits" etc. In In Re Canadian Display & Exhibition Co. Ltd. (1969) 12 C.B.R. (N.S.) 180, the Ontario Supreme Court held that the word "compensation" includes any return which an employer gives to, or for the benefit of, an employee for services by the employee as such; thus the court held it would include amounts to be paid by the employer into the welfare plan of a labour union whether or not they could be regarded as "wages".

It should be noted that the three month period referred to in the section refers to the 3 months next preceding the bankruptcy, not to any 3 month's wages.

The trustee should also be aware of the company law provisions applicable to provincially or federally incorporated companies which place a joint and several liability upon the directors for 6 months wages (without any limit on the amount) but the directors in some cases are entitled to be subrogated to the rights of those paid. Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32, s.99 reads as follows:

1) "The directors of the company are jointly and severally liable to the clerks, labourers, servants and apprentices thereof, for all debts not exceeding six months wages due for services performed for the company while they are such directors respectively.
2) A director is not liable under subsection (1) unless

   a) the company has been sued for the debt within six months after it has become due and execution has been returned unsatisfied in whole or in part, or

b) the company has within that period gone into liquidation or has been ordered to be wound up under the Winding-up Act, or has made an authorized assignment under the Bankruptcy Act or a receiving order under the Bankruptcy Act has been made against it and a claim for such debt has been duly filed and proved, nor unless he is sued for such debt while a director or within one year after he has ceased to be a director.

3) Where execution has so issued the amount recoverable against the the director shall be the amount remaining unsatisfied on the execution.

4) Where the claim for such debt has been proved in liquidation or winding-up proceedings or under the Winding-up Act or the Bankruptcy Act a director, upon payment of the debt, is entitled to any preference that the creditor paid would have been entitled to, and where a judgment has been recovered he is entitled to an assignment of the judgment."

Similar provisions exist in the Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1970, c.53, s.139, in the Saskatchewan Companies' Act, R.S.S. 1965, c. 131, ss.112, 266(5), in the Manitoba Companies' Act, R.S.M. 1970, c.C-160, s.95, and in the Alberta Companies Act, R.S.A. 1970, c.60, s.77 (there is no provision for subrogation in Alberta).

5. Municipal Taxes

Municipalities are accorded fifth priority by the Bankruptcy Act, s. 107(1)(e), in respect of taxes assessed or levied against the bankrupt within 2 years next preceding his bankruptcy, provided that

(a) they do not constitute a preferential lien or charge against the real property of the bankrupt,

and

(b) they do not exceed the value of the interest of the bankrupt in the property in respect of which the taxes were imposed, as declared by the trustee.

In its report the Study Committee saw no reason why a municipality should be treated differently from any other creditor and recommended the abolition of the priority.

> "A municipality has the means to protect itself in the same way as do other creditors and it should not be in a position to, in effect, require the creditors of a bankrupt taxpayer to pay the taxes that the taxpayer did not pay." (para 3.2.073, page 122)

Municipal corporations collect not only property and business taxes for the general purpose of providing revenues for municipal purposes, they also raise money by levying rates and charges for the supply of electricity, water, telephone and other services. Several problems arise in connection with business taxes and rates and charges for services. Business taxes are in reality a tax on the business, trade or occupation carried on by the bankrupt but they normally have a property base, whether the bankrupt owned the property or merely leased it. If the tax is viewed as a property tax, then the section limits the amount that may be claimed to the interest of the bankrupt in the property. Thus the trustee in bankruptcy of an owner of the land who carries on his trade thereon must accord priority to the municipality provided that the business tax has not been a preferential lien or charge, i.e. the municipality is not already a secured creditor. But where the owner of business who is taxed is merely a lessee of the land, the extent of priority depends upon the amount of interest the lessee has in the land, and since many leases are determined upon the bankruptcy of the tenant, that interest is nil. Only in those cases where the trustee is entitled to sell the lease can there be said to have been a valuable interest and to that extent the municipality can be preferred. In the leading case of In re Harrison's Limited (1953) 33 C.B.R. 182 (BC), it was argued on behalf of the city of Vancouver that the business tax imposed was a personal tax and not property tax and that the city should be preferred regardless of the fact that the property upon which such tax is based was no longer of any value. It was held by Clyne J, dismissing the city's claim,

that as the bankrupt's interest in the property was nil, the city's claim must be as an unsecured creditor. This decision was applied by Smily J. in In re Toronto Permanent Furniture Showrooms Co. Ltd. (1960) 1 C.B.R. (NS) 16. (Ont.)

Under the Ontario Assessment Act, RSO 1970, c.32, s.7, business taxes are not a charge on land (subsection (4)) and therefore must come within the provisions of priority or otherwise laid down by the Bankruptcy Act.

In a recent case, City of Edmonton & City of Calgary v McMullen, Trustee in Bankruptcy of Bates Electric Ltd. (1972) 6 WWR 541, the Alberta Supreme Court held that the provisions of the Municipal Corporations Act of Alberta giving a municipality a preferential lien or charge on the personal property of a bankrupt in respect of business taxes owed to it, were in conflict with s.107(1)(e) and s.51(4) and are therefore unenforceable; accordingly the municipality can only rank as a preferred creditor in the order listed in the section.

With respect to rates and charges levied on consumers for utilities and which provincial legislation may give priority or deem it as a charge on all personal property, the position in bankruptcy cannot be improved in that way. It was held in the above Alberta case that the priority accorded by s.107(1)(e) does not exist in respect of other preferential privileges than those stated in that paragraph and the municipality ranks only as an unsecured creditor. It should be pointed out that these services may fall under the category of "necessaries of life" as was held by the Ontario Court of Appeal in Consumer's Gas Co. v Schmidt et al (1971) 3 O.R. 431 and if so, such debt is not discharged in bankruptcy. But it would appear that such a debt is not a "claim provable", otherwise it would be intolerable to give two bites at the apple.

Where these utilities are supplied by a Crown Corporation established under legislation deeming it as an agent of the Crown, the priority in such a case is that set out in s.107(1)(j). See Article in 4 C.B.R. (NS) 11.

Municipalities under appropriate legislation may have a secured claim over the bankrupt's assets, land or personal property, but in order to be classed as a "secured creditor" their rights must have crystallized at the date of bankruptcy by the doing of such acts as are necessary under the law, e.g. by seizure, registration, etc. If not so done, the trustee's rights will supervene and the municipality must claim its priority or otherwise under the Bankruptcy Act.

6. Landlord's Claim

INTRODUCTION

A landlord is entitled to the sixth priority.

By virtue of Bankruptcy Act Section 117, " . . . the rights of landlords shall be determined according to the laws of the province in which the leased premises are situated", subject to two exceptions, namely:

(a) priority of ranking as provided by Bankruptcy Act section 107, which includes the extent of the claim which will be accorded priority:
--- In re Gingras Automobile Limitée [1962] SCR 676 affirming [1961] BR 827;

(b) stay of landlord's seizures of bankrupt tenant's property for rent, with provision for "costs of distress and sale" as a first charge on the proceeds of sale of the property seized pursuant to Bankruptcy Act Section 51(4).

The provincial law governing landlords and tenants, namely the Quebec Civil Code establishes all the grounds for which a landlord may make a claim against a tenant. The Bankruptcy Act does not create any claims for the landlord; all that it does is to give the landlord a priority for claims which the provincial law has already created and to place limits upon that priority. In other words, if the claim does not exist under provincial law, it cannot rank at all against the bankrupt tenant's estate:

---Diamond v. Dorval Gardens Shopping Centre Inc. [1966] BR 533

The object of this discussion of priority of the landlord's claim is to establish the maximum claim which the provincial law creates for the landlord, and to demonstrate what portion of the maximum claim comes within the limits set by the Bankruptcy Act for priority.

GROUNDS FOR LANDLORD'S CLAIM

A combined reading of the relevant provisions of the Bankruptcy Act and the Quebec Civil Code establishes twelve (12) possible grounds forming the total of the landlord's claim against the tenant's bankrupt estate, and the limits set upon each ground of claim. First they will be listed here in descending order of priority, and then their calculation will be commented upon in detail.

The twelve grounds of claim are as follows:

A. Prepaid rent - a sum paid to the landlord by the tenant at the signing of the lease, usually covering the first month and one or more of the last months' rent, provided for in the terms of the lease and recognized as valid by provincial law, to be kept by the landlord:

--- Re Abraham (1926) 7 CBR 180 at pp. 188, 190 193;
--- Re Sills: Tidy v. Merkur (1956) 35 CBR 217 at pp. 224, 225;
--- In re Sobies Limited (1962) 4 CBR 44 at p. 52.

Because the prepaid rent has already been paid to the landlord at the date of the tenant's bankruptcy, it is admittedly a misnomer to call prepaid rent a "ground of claim". However, it has been considered expedient for purposes of exposition, to discuss it here as the first and highest of the grounds of claim because, not only is the landlord entitled to it, but also, the trustee can do nothing to recover it for the estate, as was held in the cases cited above. In order to prevent trustees from repeating the mistake made by the trustees in these cases, it is here treated as a sort of "negative claim". A more detailed explanation follows below.

B. Costs of Seizure and Sale

Where the tenant's property is under seizure for rent:

(i) if the property has not been sold, costs of seizure are a first charge on the proceeds of the trustee's sale of such property,

(ii) if all or part of the property has been sold, costs of seizure and sale already incurred are kept by the landlord, the balance of the money realized and the unsold property, if any, being payable to the trustee;
---Bankruptcy Act Section 51(4).

C. Priority - Occupation Rent - a personal liability of the trustee, arising from his occupation of the premises leased to the bankrupt tenant, to be paid when due and claimed by the trustee from the estate as an administration expense, pursuant to Bankruptcy Act Sections 107 (1)(b)(i) and 107(2);

--- Re Duplessis - Chatel v. Savage (1970) 15 CBR ns 270 at p. 272.
--- Re Auto Experts Limited - Ex parte Tanner (1921) 1 CBR 418 affirmed by (1921) 3 CBR 591.
--- In re Parsons; Ex parte Scott (1924) 5 CBR 455.
--- In re Bigaouette (1922) 2 CBR 559.
--- Re Berinbaum: Finance & Industries Ltée v. Ettenberg (1925) 31 R. du J. 209.

D. Priority - Arrears of Rent - "for a period of three months next preceding the bankruptcy"
--- Bankruptcy Act, Section 107(1)(f).

E. Priority - Arrears of Taxes As Rent - "for a period of three months next preceding the bankruptcy"
--- Bankruptcy Act, Section 107(1)(f);
--- Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd. v. Gagnon (1968) 13 CBR ns 127;
--- In re National Piano Company Limited (1930) 12 CBR 52;
--- In re Fairweathers Limited (1932) 14 CBR 80;
--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136 at p. 139

F. Priority - Accelerated Rent - "for a period not exceeding three months following the bankruptcy"

--- Bankruptcy Act Section 107(1)(f)

--- Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd. v. Gagnon (1968) 13 CBR ns 127;

--- In re National Piano Company Limited (1930) 12 CBR 52;

--- In re Fairweathers Limited (1932) 14 CBR 80;

--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136 at p. 139

--- Diamond v. Doryal Gardens Shopping Centre Inc. 1966 BR 533 at p. 536.

" 'Accelerated rent' . . . is an arbitrary compensation which the lessee agrees to pay to the lessor following the sudden termination of the lease (for the reasons mentioned therein) and which the Bankruptcy Act limits to three months, at least insofar as the 'priority of payment' is concerned":

--- In re Sobies Limited (1962) 4 CBR ns 44 at page 47

"....It is ..... designed to compensate the landlord for the possible vacancy consequent upon the loss of his tenant":

--- In re West End Co-Operative Society; Ex parte Paris (1921) 1 CBR 513 at p. 515.

G. Priority - Taxes As Accelerated Rent - "for a period not exceeding three months following the bankruptcy".

--- Bankruptcy Act, Section 107(1)(f);

--- Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd. v. Gagnon (1968) 13 CBR ns 127;

--- In re National Piano Company Limited (1930) 12 CBR 52;

--- In re Fairweathers Limited (1932) 14 CBR 80;

--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136 at p. 139

H. Unsecured - Arrears of Rent - "for any period beyond the three months preceding the bankruptcy".

--- Bankruptcy Act Section 107(3)

I. Unsecured - Arrears of Taxes - "for any period beyond the three months next preceding the bankruptcy".

--- Bankruptcy Act Section 107(3)

--- Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd. v. Gagnon (1968) 13 CBR ns 127;

--- In re National Piano Company Limited (1930) 12 CBR 52;

--- In re Fairweathers Limited (1932) 14 CBR 80;

--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136 at p. 139

J. Unsecured - Accelerated Rent - "for any period beyond the three months next preceding the bankruptcy".

--- Bankruptcy Act Section 107(3)

--- Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd. v. Gagnon (1968) 13 CBR ns 127;

--- In re National Piano Company Limited (1930) 12 CBR 52;

--- In re Fairweathers Limited (1932) 14 CBR 80;

--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136 at p. 139

K. Unsecured - Taxes As Accelerated Rent

--- Bankruptcy Act Section 107(3)

--- Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd. v. Gagnon (1968) 13 CBR ns 127;

--- In re National Piano Company Limited (1930) 12 CBR 52;

--- In re Fairweathers Limited (1932) 14 CBR 80;

--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136 at p. 139

L. Unsecured - Damages - "for loss of rent after (vacating the premises) during the time necessary for reletting and for any other loss resulting from the wrongful act of the lessee":

---Civil Code Articles 1637, 1073, 1076;

---Bankruptcy Act Section 107(3)

---Diamond v. Dorval Gardens Shopping Centre Inc. [1966] BR 533 at p. 536.

In ordinary cases such damages are generally limited by the courts to three months, which is considered adequate time to relet, and such damages must be reduced by rent received by the landlord in respect of any part of the three-month period. Damages definitely cannot be claimed for the balance of the unexpired term:

---In re Eftaxias: Diamond v. Martineau (1962) 3 CBR 152.

CALCULATION OF THE PRIORITY PORTION OF THE CLAIM

A. Repaid Rent

Many leases call for a payment, at the time of signing, of a sum of money, usually stated to be applied to one or more of the last months of the lease. Sometimes the lease contains other provisions as well, dealing with other means of attributing this initial payment. The terminology used for such attributions in the decided cases has been inconsistent, and has led to considerable confusion. The importance of the treatment of such payments in the lease arises from the facts that such initial payments are divided into two categories namely, (1) prepaid rent and (2) liquidated damages for cancellation of the lease by reason of the tenant's bankruptcy and that true prepaid rent is not recoverable by the trustee nor can it be set off against occupation rent, nor sometimes against accelerated rent, whereas liquidated damages, being assimilated to accelerated rent can, by virtue of Bankruptcy Act Section 107(1)(f), be set off against occupation rent. This, of course, determines the extent of the preferred claim and of the balance left for distribution to unsecured creditors.

The mere fact that a lump sum payment is made at the signing of the lease does not, by itself, make of that lump sum prepaid rent free from recovery claims by the trustee. Much depends upon the particular wording of the clause in question. It is submitted that the following results emerge from the clauses examined in the decided cases.

(i) Where the lease provides that X dollars are payable at the signing of the lease in respect of one or more of the last months of the lease, and says nothing further, this constitutes simple prepaid rent, which has one purpose only, namely to prepay the rent for those months; as such, it is the absolute property of the landlord. The tenant never has any right to demand repayment of such sum. If he continues to occupy the premises during the months covered by the prepayment, he then receives the benefit by way of diminution of his monthly payments. If he does not occupy the premises during those months, he does not receive either repayment or benefit. The trustee has no higher rights than the bankrupt, but only such rights as the banrkupt had (Bankruptcy Act Section 47(c) and (d)), and therefore, when the bankrupt tenant's occupation is terminated, the trustee cannot recover repayment of the prepaid rent:

--- In re Bradley: Ex parte Dixon (1921) 2 CBR 147, at pp. 149, 150

(ii) Where the lease provides that:

(a) X dollars are payable at the signing of the lease in respect of one or more of the last months of the lease, and

(b) in the event of bankruptcy of the tenant, the landlord shall be entitled to retain the sum of X dollars already paid (i.e. the same as in (a) above), the landlord shall retain the said sum as liquidated damages,

this clause makes the sum of X dollars simple prepaid rent which the trustee cannot recover, notwithstanding the words "liquidated damages" which the parties themselves used in the lease:

--- In re Abraham (1926) 7 CBR 186 affirmed by 7 CBR 191;

--- In re Flomen & Lussier Inc. (1952) 33 CBR 1.

This strange result arises from what the courts, interpreting such clauses, have conceived to be the "true intention of the parties" in providing such a clause in their lease. The decisions relied upon in the Abraham case cited above drew the following distinction between simple prepayment and liquidated damages, at page 188;

> (a) a liquidated damages clause reads that in the event of a breach of the contract, X dollars shall be paid by the breaching party to the innocent party, that is to say, in the future the innocent party can, after the breach, sue the breaching party to recover the stipulated sum of X dollars;
>
> (b) if the sum of X dollars is paid at the signing of the contract, then it cannot constitute liquidated damages because, at the time the breach occurs, the sum of X dollars has already been paid, and, having parted with the money before the breach, the tenant intended that the landlord should always retain it, whether the tenant occupied the premises to the end of the lease, or whether the tenant failed to occupy the premises during the period covered by the prepayment by reason of an earlier breach of the contract, such as by bankruptcy,and consequently, a payment made with this intention is simple prepaid rent.

The time element is essential to this distinction. As long as there has been no breach by the tenant, the landlord cannot claim damages - Quebec Civil Code Article 1070; the landlord must wait until the breach has occurred, and then demand them. He may stipulate in his lease that if a breach causes him to demand damages in the future, he will set them in the lease at a fixed sum of X dollars; such provision governing a demand arising only upon a future breach is liquidated damages - Civil Code Article 1076. However, where the landlord has not only set the amount of his future damages, but also required payment of X dollars at the signing of the lease, before it became possible for any breach to have occurred, and in addition stated that the primary purpose was to prepay rent for the last months of the lease and that the

secondary purpose is to serve as damages so that the landlord merely keeps the X dollars in either event, and does not have to make a future demand in case of breach, then,by removing the necessity to delay action until after the breach to recover damages, he also removes the essential time element of liquidated damages. The result leaves the sum of X dollars as simple prepaid rent, being the only possible alternative. The trustee cannot recover prepaid rent, for all the reasons given in the Bradley case, cited in connection with the first type of clause discussed above.

(iii) Where the lease provides that

(a) X dollars are payable at the signing of the lease in respect of one or more of the last months of the lease, and

(b) in the event of bankruptcy of the tenant, the then current month's rent and the rent for the three months following shall immediately become due and payable,

this clause makes the sum of X dollars in (a) simple prepaid rent which the trustee cannot recover:

--- Re Sills: Tidy v. Merkur (1956) 35 CBR 217.

Nor can it be set off against occupation rent:

--- In re Sobies Limited (1962) 4 CBR 44.

The rule that there can be no set-off against prepaid rent is merely a corollary of the rule that prepaid rent cannot be recovered. An essential condition of set-off is that the mutual debts sought to be set-off must both be "demandable" - Civil Code Article 1188 rendered applicable by Bankruptcy Act Section 75(3). Since the trustee cannot demand recovery of prepaid rent, it follows that by law he cannot set-off against the prepaid rent any claims the landlord has against the bankrupt estate.

The Bradley case, cited in connection with the first type of clause mentioned above, denied the trustee recovery of prepaid rent, but permitted set-off of occupation rent against prepaid rent. In the light of the foregoing, it is submitted that the denial of recovery in the Bradley case is correct, but that the set-off is wrong.

The case of In re Beider and Lapids (1921) 1 CBR 547 also allowed the trustee to set-off occupation rent against prepaid rent on the ground that the prepaid rent was recoverable, but this appears to have been based on a provision in the Bankruptcy Act as it then existed, not specifically mentioned in the judgment, forbidding the landlord to claim for anything in respect of the unexpired term (which included the prepaid rent), which provision has since been repealed. This decision is therefore no longer applicable. (See comment by W.D. Goodman at 33 CBR 10).

The foregoing dealt with attempted recovery or set-off against prepaid rent. However it should be noted that the accelerated rent in (b) in the clause under consideration is the equivalent of liquidated damages (see definition given previously under heading "Priority - Accelerated Rent). It should also be noted that, unlike the clause in the Abraham and Flomen cases cited previously, the present clause makes prepaid rent a separate sum from accelerated rent. Being separate from the prepaid rent, it is not affected by these decisions, and being liquidated damages (which the clause makes payable after breach and not at signing of the lease, in accordance with the distinction drawn in the Abraham case), Bankruptcy Act Section 107(1)(f) permits a set-off between accelerated rent and occupation rent. This set-off will be further discussed under the appropriate headings below. It should be noted however, that if the trustee does not occupy the premises, there would be no set-off,so that the clause entitles the landlord to both prepaid rent and accelerated rent.

(iv) Where the lease provides that:

(a) X dollars are payable at the signing of the lease in respect of one or more of the last months of the lease, and

(b) in the event of bankruptcy of the tenant, the landlord shall retain the said sum,

(c) to be credited in favor of the tenant against all damages suffered by the landlord

this clause makes the sum of X dollars unliquidated damages (because neither are the damages fixed - the sum is to be applied to damages, whatever they may total - nor is the demand for damages delayed until after breach) which, once liquidated upon final assessment, can be set-off by the trustee against occupation rent; - Civil Code Article 1188 rendered applicable by Bankruptcy Act Section 75(3) and Section 107(1)(f).

--- In re Yaffy Systems Inc. (1952) 32 CBR 202.

It should be carefully noted that this decision was reached upon the specific attribution by the clause in question of the amount paid at signing toward damages arising from the breach, whereas in the Abraham and Flomen cases, the prepaid rent - liquidated damages clauses were intended to be prepaid rent only and did not make such attribution .

(v) Where the lease provides that

(a) X dollars are payable at the signing of the lease in respect of one or more of the last months of the lease and

(b) the said sum shall be held by the landlord as security to guarantee the performance of all the tenant's obligations, and shall be retained by the landlord in the event of breach of any of the tenant's obligations, and

(c) in the absence of any such breach the security deposit shall be applied to rent for the last month(s) of the term of the lease

this clause makes the sum of X dollars liquidated damages equivalent to accelerated rent which Bankruptcy Act Section 107(1)(f) permits the trustee to set-off against occupation rent:

--- Re Champion Machine and Tool Co. Limited (1971) 15 CBR ns 136

The mathematically inclined reader will no doubt be tempted to regard parts (b) and (c) of this clause as being merely in the reverse order of the parts of the prepaid rent - liquidated damages clause considered in the Abraham and Flomen cases cited above, that is to say, designating the security-damages clauses as X, and the prepaid rent clauses as Y, he arrives at the equation:

X + Y	equals	Y + X
(Champion case)		(Abraham and Flomen cases)

Why, then, is the Champion clause a matter of liquidated damages which can be set-off, while the Abraham and Flomen clause is a matter of prepaid rent which cannot be set-off? The answer is that the difference lies in the intentions behind the two clauses. The Champion clause intends that the sum paid at signing is to be treated primarily as security to guarantee performance of tenant in obligations, breach of which causes the sum to be applied as damages therefor (not "liquidated damages" in the sense in which that term was explained in the Abraham case) and only secondarily as a prepayment of rent for a specified period,and as damages that sum can be set-off against occupation rent. On the other hand, the Abraham and Flomen clause intended the sum to be applied to rental for a specified period, which made the sum prepaid rent, against which there was no possibility of set-off.

(vi) It should be noted in passing that a lease may require a sum to be paid at signing as a "security deposit" to guarantee payment for one or more of the last months of the lease. Bearing in mind that the intention behind a clause is considered more important than its actual wording,it is submitted that such a clause makes the payment prepaid rent which cannot be set-off, the terms "security", "deposit" and "security deposit" being superfluous in this context.

C. Occupation Rent

The reader is referred to the paper in this series entitled "Landlord and Tenant Rights" under the heading "Trustee's Occupation of the Premises" for a discussion of what constitutes occupation and the trustee's personal liability for occupation rent.

For the purposes of the present discussion of calculation of the priority portion of the landlord's claim, it is sufficient to note here

(1) that the trustee is personally liable for it as it becomes due;

(2) that, he must pay it "as soon as funds" - in the absence of sufficient funds in the estate, to pay it when due, then, the trustee's own funds - "are available for the purpose" of discharging his personal liability, pursuant to Bankruptcy Act Section 107(2);

(3) that he can reimburse himself for it from the bankrupt estate, claiming it as an administration expense pursuant to Bankruptcy Act Section 107(1)(b)(i).

(4) An interim receiver is not liable for occupation rent. The order appointing an interim receiver in no way divests the estate of the debtor and the debtor continues as tenant subject to the interim receiver's control of receipts and disbursements: In re Soren Brothers (No. 2) (1926) 7 C.B.R. 545.

F. Accelerated Rent

(i) Establishing priority limits

The landlord has a priority claim for accelerated rent "for a period not exceeding three months following the bankruptcy if entitled thereto under the lease" - Bankruptcy Act Section 107(1)(f).

As previously mentioned, accelerated rent is a form of liquidated damages. It must be provided for in the lease itself in order for the landord to claim it. If the lease does not provide for it, the landlord cannot claim accelerated rent:

--- In re Fentiman (1926) 7 CBR 355 at p. 357

Furthermore, whatever the lease provides for accelerated rent, the maximum the landlord can claim as a priority is three months; the balance of the accelerated rent stipulated in the lease will rank as unsecured, by virtue of Bankruptcy Act Section 107(3). Therefore, if the lease provides for accelerated rent for four or more months, only the first three months will be given priority:

--- Diamond v. Dorval Gardens Shopping Centre Inc.
[1966] BR 533 at p. 536

If the lease provides for accelerated rent for only one or two months then this stipulated sum is all the landlord can claim as priority, and not the three months maximun because, according to Civil Code Article 1076(1), "when it is stipulated that a certain sum shall be paid for damages for the inexecution of an obligation, such sum and no other, either greater or less, is allowed to the creditor for such damages".

It should be noted that Bankruptcy Act Section 107(1)(f) does not reduce the total of the accelerated rent claim, but merely restricts priority to a portion of it, leaving the balance unsecured:

--- Diamond v. Dorval Gardens Shopping Centre Inc.
[1966] BR 533 at p. 536.

Moreover, there is yet another limit imposed by Section 107(1)(f), when it states that the total of the priority claim for arrears and accelerated rent "shall not exceed the realization from the property on the premises under lease".

The "property on the premises under lease" must be "property of the debtor" within the meaning of Section 47. It does not include property of other persons located on the premises:

--- In re A. Carey & Sons Limited (1934) 15 CBR 478.

Civil Code Article 1622, which extends the landlors's privilege or lien for rent to "moveable effects belonging to third persons, and being on the premises by their consent, expressed on implied" does not apply in bankruptcy, because the exception in Bankruptcy Act Section 117, removing the priority of ranking of the Landlord's claim from provincial law, not only allows the Bankruptcy Act to govern its order of ranking, but also the extent of the priority:

--- In re Gingras Automobile Limitee [1962] SCR 676 at p. 680

Or, as more graphically stated in case of Re Radioland Limited (1957) 36 CBR 158, at p. 162;

> " ---the (Bankruptcy) Act --- merely uses the value of the property seized as a gauge to fix the amount for which (the landlord) is allowed a preferred claim ---".

By virtue of Bankruptcy Act Section 59, third persons may claim "any property or interest therein in the possesssion of the bankrupt at the time of the bankruptcy" by filing Form 51-1 in accordance with Rule 92-1. If all the property on the premises is withdrawn by such claimants after bankruptcy, or if they were sufficiently alert to have done so before bankruptcy, there will be no property upon which to realize, and consequently nothing upon which to gauge the priority, with the result that the landlord's entire claim will be unsecured:

--- In re Lawson (1925) 7 CBR 216 at p. 218

The determining factor here is whether property was actually on the premises, and not whether it ought to have been there. Thus, in the Lawson case, a creditor, believing he was secured, seized before bankruptcy all the property on the premises occupied by the debtor, and on the date of the bankruptcy, no property was on the premises. The trustee was later successful in attacking the security and recovering the property. The debtor's landlord attempted to base a priority claim upon the value of the property, arguing that the recovery by the trustee had put the property in the same position as if it had never been seized, and therefore, the property ought to have been considered as being on the premises on the date of the bankruptcy. However, the court held that, because the property was not actually on the premises, its value could not be used to determine priority, and thus the priority claim was reduced to an unsecured claim.

If there was realizable property of the debtor on the premises on the date of the bankruptcy, is the landlord's priority claim determined by gross or net realization? It is submitted that net realization is the proper figure to use. When the landlord seizes the tenant's property outside of bankruptcy, the costs fo seizure and sale are a first change upon that realization. This is reflected in Bankruptcy Act Section 51(4), which maintains the costs of seizure and sale as a first change, which the landlord may retain when bankruptcy interrupts his proceeding. In fact, of course, the landlord does not retain the costs, but pays then to the lawyer and bailiff charged with the seizure and sale, deducting them from the gross realization. The gross realization was intended to cover both debt and costs. If the realization was sufficient to cover both, then both are paid in full, but if not, costs are first paid in full, reducing the landlord's final recovery. If this situation occurs in the trustee's realization, the same would apply, the trustee being obliged to pay the costs of sale as administration expenses, by virtue of Section 107(1)(b)(i) before he pays the landlord's priority claim, by virtue of Section 107(2) and of the order established by Section 107(1). It is therefore submitted that to base the priority claim upon gross realization would be to leave the landlord better off in the tenant's bankruptcy than outside bankruptcy, and that the Bankruptcy Act's objectives do not contemplate such a result.

The foregoing basically sets out the in intrinsic limits of the priority claim for accelerated rent. There is another limit established by the provincial law in the Common Law provinces, which limit is not applicable in Quebec, namely that the liability for accelerated rent is personal to the original tenant,

so that if the tenant assigns his lease to another tenant, or allows another occupant on the premises,the new tenant or occupant will not be have any priority claim in the bankruptcy of the new tenant or occupant. The reason for this originates in the English Common Law of landholding , and is foreign to Quebec law. The trustee cannot, therefore, use this as a ground for opposing the priority claim for accelerated rent. The case of In re Leader Dress Company Limited (1932) 14 CBR 92 is not applicable in Quebec.

In Quebec, if the tenant assigns his lease by virtue of Civil Code Article 1638, then the liability for accelerated rent will transfer as well, by virtue of Article 1574.

If the tenant allows another person to occupy the premises without formal assignment of the lease, and the landlord assents to such occupation, then, by virtue of Article 1608, there is a new presumed lease, subject to all the rules applicable to leases, and the occupant is deemed to be a tenant. A written document is not necessary to prove this Kind of lease - Civil Code Article 1233(3).

In the new tenant's bankruptcy, a priority claim will be for arrears, but not for accelerated rent, because there would be no written lease providing for accelerated rent, as required by Bankruptcy Act Section 107(1)(f):

--- Re Greenstein (1966) 9 CBR 10 at p. 14.

Again, English Common Law rules are responsible for decisions that in the absence of a written lease, there is no relationship of landlord and tenant and therefore of creditor and debtor between a landlord and an occupant and that the landlord therefore has no claim in the occupant's bankruptcy. Civil Code Article 1608 renders such decisions inapplicable to Quebec. For the record, these decisions are:

--- In re Hodgens (1936) 17 CBR 195 reversing (1935) 17 CBR 179;

--- In re Modernophone (Canada) Limited (1960) 1 CBR ns 40;

--- Re Block (1969) 12 CBR ns 232.

On the contrary, in Quebec, the act of the occupant in paying rent, and the act of the landlord in accepting rent are all that is required to create the relationship of landlord and tenant for the purposes of Civil Code Article 1608:

--- Paré v. Cowper [1957] BR 323;

--- Rainville v. Dandurand (1925) 32 RL ns 63;

--- United Shoe Machinery Co. Ltd. v. Brunet [1909] A.C. 330;

--- Fortin v. Voisard (1898) 13 CS 257;

--- Bissonette v. Guerin (1884) 7 LN 388;

--- Prefontainte v. Fortin (1893) 3 CS 518;

--- Joseph v. St-Germain (1894) 5 CS 61;

--- Julbert v. Bowen (1909) 36 CS 309.

(ii) Deductions and set-offs against accelerated rent

In calculating the accelerated rent, the date of bankruptcy should be taken as the commencing point of time. Therefore, if rent has been prepaid for a period until after the bankruptcy, it must be deducted from the amount payable as accelerated rent:

--- In re Stern (1925) 5 CBR 832

In the case of In re Houle (1924) 5 C.B.R. 365, the assignment was made October 3, and all rent had been paid to November 1; it was held that 3 months should be calculated from October 3 and not November 1; and that since 27 days rent (October 4 to 31) had already been paid,the landlord could claim only for the remaining 2 months and 3 days.

On the subject of the set-off between accelerated rent and occupation rent in Bankruptcy Act Section 107(1)(f), Lloyd Houlden, Q.C. (now Mr Justice Houlden of the Supreme Court of Ontario) made the following observations in his article

entitled "Bankruptcy of a Landlord or Tenant" 7 CBR ns 113 at p. 116:

> "Section 107(1)(f) contains a peculiar provision that any payment made on account of accelerated rent shall be credited against the amount payable by the trustee for occupation rent. Usually the trustee pays occupation rent first as it is an expense, and later on in the administration of the estate pays the landlord's preferred claim for accelerated rent. The wording of the section is, in my submission, backwards. Unfortunately, it has an important practical consequence. Expenses of the trustee are not subject to the two per cent levy payable to the Superintendent of Bankruptcy under s. 118. Payments made by the trustee as dividends on the claims of creditors are subject to the levy. If a trustee makes a payment to a landlord as accelerated rent it is subject to levy, and under the wording of 107(1)(f), the payment would be credited on occupation rent <u>on which there is no levy</u>".
>
> "In actual practice, trustees pay occupation rent as it falls due and <u>levy is not deducted</u>. The amount paid for occupation rent is deducted from the claim for accelerated rent and levy is deducted on the accelerated portion."

E. and G. <u>Taxes As Rent</u>

Taxes payable by the tenant will be entitled to priority along with the priority claim for arrears and accelerated rent <u>only upon the condition</u> that the terms of the lease <u>expressly treat such taxes as part of the rent</u>, for instance by a clause reading that rent payable by the tenant in respect of the leased premises "shall be net to the landlord and clear of all taxes" and further obliging the tenant to pay the taxes, making the tenant's <u>gross rent</u> equal to the sum of net rent plus taxes:

--- <u>Re Canada Manufacturing (1961) Inc: G.E. Shnier Co. Ltd.</u> v. <u>Gagnon</u> (1968) 13 CBR ns 127.

Another clause having this effect reads "such taxes shall be recoverable by the landlord in the same manner as rent":

--- <u>In re National Piano Company Limited</u> (1930) 12 CBR 52

Even simpler would be a clause reading "taxes shall be included in the rent" or "taxes shall be payable as rent".

However, clauses which merely say that rent and taxes are payable by the tenant, <u>without an express mention</u> that they are included in the rent or payable

as rent, would exclude taxes from rent, and therefore, such taxes would not be accorded the priority given to rent.

Summary - calculation of the priority

1. Arrears of rent - maximum 3 months preceding bankruptcy

2. Arrears of taxes as rent - if taxes are payable as rent by the terms of the lease - maximum 3 months preceding bankruptcy

3. Accelerated rent - if provided for by the lease

   - only to the extent provided for

   - maximum 3 months following bankruptcy

4. Taxes as accelerated rent - if taxes are payable as rent by the terms of the lease.

   If so - if accelerated rent is provided for by the lease

   - only to the extent to which accelerated rent is provided for

   - maximum 3 months following bankruptcy

   - occupation rent to be deducted from total accelerated rent

Take total, as maximum possible payable on priority

If net realization of property of the bankrupt located on the premises on the date of bankruptcy is less than this total, then payment cannot exceed the realization.

The entire balance of the landlord's claim is unsecured.

7. Costs of First Seizing Creditor

The creditor who first places a writ of execution in the hands of the Sheriff before the bankruptcy petition had been filed, is entitled to rank as a preferred creditor for fees and costs, with seventh priority, under the Act. The provision is as follows:-

s.107(1)(g): "the fees and costs referred to in s.50(2) but only to the extent of the realization from the property exigible thereunder."

s.50(2): "Notwithstanding subsection (1), one solicitor's bill of costs, including sheriff's fees and land registration fees, shall be payable to the creditor who has first attached by way of garnishment or lodged with the sheriff an attachment, execution or other process against the property of the bankrupt."

A mere entry of judgment will not suffice, the creditor must have issued a writ of execution directing the Sheriff to seize the goods of the debtor before he went bankrupt: Re Yawoski (1921) 2 C.B.R. 181 (Man.). In some provinces, e.g. British Columbia, the execution procedure has been modified and instead of writs of elegit and fieri facias de terris a registration of the judgment is provided for and the aforementioned writs abolished. It was held by the B.C. Supreme Court in Re Drysdale Estate (1938) 19 C.B.R. 324 that a judgment creditor who had first registered his judgment in accordance with the Executions Act of B.C. and has proceeded to realize upon it, was entitled to his costs given by the Bankruptcy Act. S.55 of the B.C. Executions Act had provided that the registered judgment,

"shall form a lien and charge on all the lands and goods of the judgment debtor.....in the same manner as if charged in writing by the judgment debtor under his hand

and seal, and after the registering of the judgment, a judgment creditor may, if he wishes to do so, forthwith proceed upon the lien and charge thereby created."

The court stated that too literal or close reading of the Bankruptcy Act provisions should not be allowed to bring about a result not intended. The failure of the draftsman to distinguish according to the different methods of executions in different provinces should not deprive the first judgment creditor of the rights which it was intended to give him.

Under this subsection, a divorced wife had lodged a writ of execution under a judgment for costs in divorce action against her husband prior to his bankruptcy; she was held entitled to priority as she was told that hers was the first writ of fieri facias, attachment or other writ of execution received by him: In re Le Suir: Le Suir v Can-Credit Men's Trust-Association (1948) 2 WWR 974 (BC).

The limiting factor should be borne in mind. The fees and costs enjoy priority only to the extent of the realization from the property exigible under seizure or execution; in other words there must be property to which the writ attaches.

8. Claims by Workmen's Compensation Board, Unemployment Insurance Commission and Department of National Revenue:

The provincial Crown in respect of Workmen's Compensation Act contributions payable by the bankrupt, and the Federal Crown in respect of the indebtedness of the bankrupt under the Unemployment Insurance Act and the Income Tax Act, which provisions create an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld by the bankrupt (employee deductions), are entitled to eighth priority: s.107(1)(h).

Tax deductions at source have been placed in this category because they are in the nature of trust funds and if they have not been so dealt with by the bankrupt they should be at least entitled to this priority. The Study Committee in dealing with "Deemed Trusts" in its Report (pp. 112-113) although it did not discuss the provisions of this subsection, frowned upon the priority accorded to the Crown in cases where the bankrupt had not, in contravention of the statutory requirement

set aside a separate fund, since in its view when there are insufficient assets, the priority would be at the expense of unsecured creditors. If a trust fund was in fact set up, then of course there is no need to rely on this priority, the whole amount would be outside the property of the bankrupt available for distribution. (For further discussion of this point; see below, p.35).

If however legislative provisions impose a charge on the assets of the debtor, and the Crown is made a secured creditor, the position may be different. But the Alberta Court of Appeal in Workmen's Compensation Board v Edgar (1924) 5 C.B.R. 63 held that as the Bankruptcy Act has dealt with the indebtedness under Workmen's Compensation Acts, the enforcement of the Board's claim must be within the bankruptcy administration and not in an independent action in the ordinary courts. The Board's claim as secured creditor was dismissed. And in Re T.V. Bower Ltd. (1960) 1 C.B.R. (NS) 161 (BC) it was held that unless the Workmen's Compensation Board had possession of the assets of the bankrupt on which it had a charge for the contributions recoverable from him, it is not a "secured creditor" within the meaning of s.2(r) of the Bankruptcy Act. This decision was disapproved in Re Clemenshaw; Workmen's Compensation Board v C.C.M.T. Associates (No. 1) 4 C.B.R. (NS) 238 by the B.C. Court of Appeal which held that the lien given by s.48 of the B.C. Workmen's Compensation Act (RS 1960 c.413) was a statutory lien which did not necessarily depend on possession original or subsequent, and s.2(r) of the Bankruptcy Act made the Board a secured creditor in respect of the property "used or produced by the industry" of the bankrupt employer or proceeds representing such industry. Therefore the allocation by Parliament to the Workmen's Compensation Board of the eighth class in s.95 does not deprive it of its right as a secured creditor. In this case, however, the Court held that the Board did not perfect its claim of lien by issue of a writ of execution and therefore it cannot take advantage of its rights under the provincial Act but must take its position under s.95 (1)(h) (now s. 107 (1)(h) of the Bankruptcy Act. In Workmen's Compensation Board v Bank of Montreal (1968) 11 C.B.R. (NS) 170, the Supreme Court of Canada while upholding the validity of s.48 held that it did not specifically extend the lien to cover the proceeds of property that was subject to the lien.

There is no doubt that Parliament has power to abridge the rights of the Workmen's Compensation Board but it has expressly laid down that the priorities given to certain preferred creditors are subject to the rights

of secured creditors, as defined by s.2 (r) of the Bankruptcy Act, and it is left to provincial legislation to give meaning and content to this term: See Re R.A. Nelson Construction Act. (1966) 8 C.B.R. (NS) 221 (B.C.).

The Ontario position differs considerably. Under s.114(3) of the Ontario Workmen's Compensation Act, if the Board has issued a certificate stating that the assessment is unpaid and it has filed a copy of such certificate with the court, the amount of the assessment is a first lien on all the property, real or personal, of the employer used in connection with the industry with respect to which the employer is assessed, subject only to municipal taxes. Presumably the certificate must have been filed before bankruptcy intervenes. For a comment on this provision, see 4 C.B.R. (NS) 248-249.

Unemployment Insurance Deductions and Tax Deductions at Source:

The claim of the Unemployment Insurance Commission ranks along with the Workmen's Compensation Board, and Department of National Revenue, pari passu, in the eighth class.

9. Claims Resulting from Injuries to Employees of the Bankrupt:

Ninth priority is given by the Act to claims resulting from injuries to the employees of the bankrupt who are not covered by the Workmen's Compensation Acts. But the priority extends only to the monies received from persons or companies guaranteeing the bankrupt against damages resulting from such injuries: Section 107 (1) (i).

10. Claims of the Crown.

The last priority is given to all those claims of the Crown that are not specifically covered in section 107. Both the Provincial Crown and the Federal Crown will rank pari passu under this category, nothwithstanding any statutory preference to the contrary: s.107(1)(j). This assertion of paramountcy in jurisdiction is sanctioned by the British North America Act, 1867, and has been affirmed by the Supreme Court of Canada in the leading case of In re Silver Brothers Limited 7 C.B.R. 515 which held that the Dominion Parliament has power to lay down that its claims shall be paid in priority to the claim of any province. The decision was reversed by the

Privy Council, 13 C.B.R. 223 because there was no express stipulation of priority, but the right of paramountcy was affirmed. There is no limitation on the period after which sums owing to the Crown are barred, nor on the amounts, and the provincial Limitation of Actions Acts do not apply to the Crown; at least to the Federal Crown. This preferred position has no doubt a historical origin, but the Study Committee points out that it is time we re-examine the public policy in respect of Crown priority, to see whether such a priority is justified in modern society. They recommended abolition of the priority: pp. 122-123, paras 3.2.075-79.

The Federal Crown is undoubtedly in a privileged position in laying down whatever priority it shall have, or to dictate that its claims shall be outside the purview of bankruptcy legislation altogether. This it may do, as it has done under such enactments as the Canada Pension Plan Act, by deeming funds collected by an employer or other person on behalf of the Crown, to be trust funds (s.24(3))and once this is done, the funds so collected are by virtue of s.47 not the property of the bankrupt. However, as the Study Committee at p.112 points out, s.24(4) of the C.P.P. Act goes further by laying down that:

> " in the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by s (3) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate."

The above section came up for consideration before Mr. Cook, Registrar of the Ontario Supreme Court in Bankruptcy, in the case of Re Craftsman Painting Contractors Ltd. (1968) 11 C.B.R. (NS) 84. The Crown in that case filed a claim for $427.38 being pension fund contributions deducted by the bankrupt, but the trustee disallowed it stating that the bankrupt company had not kept a separate bank account for deductions. Mr. Cook held that since no account was kept there was no trust fund in existence at the time of the bankrutpcy and the Crown had no claim under s.39(a) of the Act. The appeal against that decision was dismissed by McDermott J. (11 C.B.R. (NS) 91) who agreed with the reasons given by the Registrar, but he went further and pointed out that there were also

very cogent practical considerations for concluding that Her Majesty had no priority, one of them being that by so safeguarding its position and giving it the rights of a secured creditor, there could be no moneys left in the hands of a trustee to cover even his own fees and disbursements. For a comment on these two decisions, see 11 C.B.R. (NS), 90-91, 93-94. It may be that a higher court will reverse this decision as it appears to strike at the very basis of obtaining a first charge on the property of a debtor, a practice established over a very long period of time.

It would appear from the above, and also from the principles and logic of the Bankruptcy Act, that the main purpose of such provisions as in the Canada Pension Plan Act is to give the first priority to the Crown. If public policy dictates this course of action, there are two obvious solutions, both of which have been pointed out by McDermott J. at p.93: one, is to amend priorities, and especially deleting the words "notwithstanding any statutory preference to the contrary" occurring in s.107(1)(j), and the second is to impose drastic penalties for fraudulent misappropriation of funds.

The Federal Government is not alone in declaring that funds collected on its behalf shall be deemed to be trust funds. Provincial legislation, such as the Income Tax Act of Quebec, R.S.Q. 1964, c.69, s.135 has done the same. The Study Committee points out that this privilege invites abuse by an employer who is on the verge of bankruptcy, and even when there is no such abuse, the privilege is at the expense of the unsecured creditors who have already suffered by the order of priorities. They therefore recommend that the use of deemed trusts to circumvent the scheme of distribution in the Bankruptcy Act should be avoided, where there is not, in the estate, at the time of bankruptcy, sufficient money to satisfy the claim of the government for the money deducted. (p.113).

It should be pointed out that the Crown includes Crown Corporations since by virtue of the Government Corporations Act, R.S.C. 1970, c.G-7, s.3, they are deemed to be agents of the Crown. It was held in Re Spartan Air Services Ltd. (1960) 1 C.B.R. (NS) 33,(Ont.) that the money owed to the two claimants in that case were owed to their principal, the Crown, and were entitled to priority established by this section. See also Re Sure Brake & Muffler Ltd. (1972) 17 C.B.R. (NS) 103 (Ont.) where the court allowed the claim of priority of the Manitoba Telephone System, as by the Manitoba Telephone Act. R.S.M. 1970, c.T. 40 it was a Crown Corporation.

The recent case of Re Deslauriers Construction Products Ltd.; A.G. for Canada v Perlmutter (1970) 14 C.B.R. (NS) 197 (Ont. CA), however holds that the Crown is entitled to have its claim paid out of the free assets of the bankrupt as s.24(4) is designed to take the moneys, equivalent to the deductions, out of the estate of the bankrupt by the creation of a trust and making these moneys the property of the Crown. The Craftsmen case was distinguished by Gale, C.J.O. stating that in that case there never were any moneys in the hands of the employer at the time of statutory deductions which were mere payroll entries. It would therefore appear from the Perlmutter decision that if at the time of deductions there was sufficient money to meet the statutory obligation then there was in existence a trust fund and it can be traced under s.24 (4) of the Canada Pension Plan Act. The wording of s.40(2) of the Unemployment Insurance Act, RSC 1970, c. U-2, confirms that similar treatment would have to be accorded to sums withheld by the employer from the wages of employees for purposes of the Unemployment Insurance Act, but as Unemployment Insurance contributions are specifically covered by s.107 (1)(h) of the Bankruptcy Act, it may be that the latter enactment would prevail.

The Quebec Income Tax Act however does make a specific exception in the event of bankruptcy.

Various other statutes and regulations provide for the creation of "trust" funds. For instance, the recent Quebec Consumer Protection Act requires certain merchants to set aside sums "in trust" and in special accounts for a certain period of time. Certain regulations governing chartered airlines requires the creation of temporary "trust" in respect of moneys paid by prospective passengers. Other statutes, both federal and provincial, provide for the creation of "trusts" but do not attach to the non-compliance therewith the consequences for non-compliance which are envisaged by the Canada Pension Plan Act and the Unemployment Insurance Act.

III. Right of Subrogation

A person who has paid the claims of a creditor on behalf of a debtor who has gone into bankruptcy, may often claim the right to step into the shoes of the creditor paid off in accordance with the priority that the Bankruptcy Act accords to the latter. This will normally happen where the debtor and the claimant are in close legal relationship and almost invariably in connection with tax payments demanded by both senior governments and by the local

governments. If the taxes are paid off by the claimant, does he have a right of subrogation?

The decisions pertaining to the right of subrogation appear to depend on whether the claimant was under legal compulsion to pay the sums owing by the debtor, so that he could be classed as a "surety" under the general provincial laws, such as the Mercantile Law Amendment Act of Ontario, R.S.O. (1970), c. 238, or the Laws Delaratory Act of B.C. (R.S. B.C. (1960) c.213),or under the tax collecting statutes. (The Mercantile Law Amendment Act, (1856) (Imp.) is still in force in the Western provinces).

The right of subrogation to the Crown's right of priority was upheld in In Re Burstein (Discount Building Supplies) (1964) 6 C.B.R. (NS) 298 (Ont.) (broker held entitled in respect of customs duty paid by him to the Crown, by reason of an agreement with the Department of National Revenue and the procedure followed); in Re Major-Way Trailers Ltd. (1965) 7 C.B.R. (NS) 198 (BC) (same facts as in Re Burstein); in In re Pathe Freres Phonograph Co. of Canada (1921) 2 C.B.R. 21 (Ont.) (surety who gave a bond to the Crown for sales tax owed by the debtor was subrogated to the position of the Crown); in Re Earle Pullan Co. 12 C.B.R. (NS) 136 (Ont.) (Bank held entitled to be subrogated in respect of excise tax paid by it on behalf of the debtor), and in Sous-Ministre du Revenue de Québec v De Coster 10 C.B.R. (NS) 176 (Que.) (Crown was held entitled to priority in respect of tax reimbursed by it to the distributor of gasoline who was obliged to collect the tax as agent of the Minister of Revenue). But in Re M.C.C. Precision Products Ltd. (1972) 20 O.R. 825 (Ont.) the court rejected the claim of a director of a company which was bankrupt, who paid the tax withheld by the company from employees' wages under threat of criminal prosecution under s. 134 of the Income Tax Act. The court held that there was nothing in that section which would make the claimant personally liable for the unpaid tax and since he was not liable with the debtor company for the debt, the Mercantile Law Amendment Act of Ontario, s.2(1) had no application to his claim. Similarly, where a lessor paid the taxes demanded by a municipality from the lessee, as he was liable to pay under the Municipal Act, Rose J. in Boone v Martin (1920) 47 O.L.R. 205, whose judgment was approved on appeal (at p. 219)would have conceded to the lessor's claim to the Municipality's priority, but in the result did not do so because the right of distress which the

municipality had, ceased on the payment of taxes, so that there was no security or other remedy left which the lessor could take by assignment from the municipality. This decision was followed in Re Crystal (1926) 7 C.B.R. 345 (Ont.).

IV. Postponement of Preferred Claims

Certain creditors who would otherwise have enjoyed the priorities accorded to them by s.107 are denied the statutory preference because of their close relationship with the bankrupt or because the transaction entered into by them is not at arm's length and hence reviewable under the Bankruptcy Act. If the creditors are related persons, they may either rank as unsecured creditors, pari passu, or may be deferred until all other creditors are paid in full. In the case of reviewable transactions, the Act lays down that the trustee may attack the consideration paid or received by the bankrupt and ask the court to determine the fair market value. The rules governing the postponement of claims are set out in the following Sections:-

1. Wage claims:

(a) s.109 The wage claims of a father, son, daughter, mother, brother, sister, uncle and aunt by blood or marriage, of a bankrupt are not entitled to priority under s.107(1)(d). They rank as unsecured creditors

(b) s.111 Wage claims of officers and directors of a bankrupt corporation are not entitled to priority under s.107(1)(d). They rank as unsecured creditors.

(c) s.108 A creditor who entered into a reviewable transaction with a debtor at any time prior to the bankruptcy of the debtor is not entitled to claim a dividend in respect of a claim arising out of that transaction, until all claims of the other creditors have been satisfied, unless the transaction was in the opinion of the trustee or the court a proper transaction. Thus a wage claim of any person whether a relative or not may be deferred if it was not a proper one.

A reviewable transaction has been defined by s. 3 to be one entered into otherwise than at arm's length; and persons within a "related group" defined by s.4 are deemed not to deal with each other at arm's length while so related. These include individiduals connected by blood relationship, marriage or adoption, associated corporations, and corporations under the control of same person or persons related

Section 78 provides for the examination of the consideration in a reviewable transaction that has been entered into within 12 months of bankruptcy, and empowers the court to fix the fair market value.

d) S.108(2) The wage claims of a spouse or former spouse of a bankrupt are postponed until all claims of the other creditors are paid in full, whether the claim is a proper one or not.

It was held in In re Dufour (1936) 17 C.B.R. 291 (Que.) that a sister in-law, being a sister by marriage, is not entitled to a privilege in respect of her unpaid salary. The section may not cover a situation where the claimant relative has already been given a security by the bankrupt, and the relative is content with that security, provided of course there was no fraudulent preference caught by the other Sections of the Act, or the transaction giving the security itself is not a reviewable one in which case section 78 will apply. The section however prevents the relative from claiming a dividend ahead of the other creditors. In Re Bouchard (1954) 34 C.B.R. 95 (Que. C.A.) it was held that the sons of a bankrupt shipowner working as seamen were not caught by the section as they were entilted to a seaman's lien for arrears of wages and were secured creditors under maritime law.

A director or officer of a corporation, who is not a related person, is entitled to claim for work done or services rendered, as an ordinary unsecured creditor: Re Eric Peteren Const. Ltd.; Petersen v Sigurdson (1967) 10 C.B.R. (NS) 254 (B.C.).

2. Landlord's Claim for Rent:

A landlord who has entered into a reviewable transaction as defined above, may similarly be deferred until the claims of all other creditors are paid in full, under s.108. It would seem that only an improper tenancy will be caught by this section; but again, if the "related lessor" has already received a security which is immune from attack, the section has no application as he would not be claiming a dividend.

The Act also defers the claims of silent partners as defined by s.110, who do not have any priority under s.107, until the claims of all other creditors are paid in full. So also the unsecured claims of those

who have entered into reviewable transactions with the Bankrupt. In Sukloff v A.H. Rushforth & Co (1964) S.C.R. 459 6 C.B.R. (NS)175, the Supreme Court of Canada held that - s.98 (now s.110) does not affect a creditor who holds a Security for his claim; he is entitled to enforce it notwithstanding the fact that his agreement calls for him to receive a share of profits. This decision is of course now subject to the amendments made in 1966-67 with respect to reviewable transactions, the provisions on which have been set out above. It has also been held that where a husband and wife who jointly own property have mortgaged it with a view to borrowing money for the husband's business, as the money was borrowed not from the wife but from the mortgagee, the wife was entitled to claim as a creditor in her husband's bankruptcy: In re Chalmers; Chalmers v Kime (1962) 3 C.B.R. (NS) 101 (Ont.).

TABLE OF CONTENTS

SPECIAL SUPPLEMENT FOR QUEBEC ONLY

ORDER OF PRIORITIES IN THE SCHEME OF DISTRIBUTION IN ESTATES UNDER THE BANKRUPTCY ACT

	Page
CONFLICTS AMONG SECURED CREDITORS - POSITION OF THE TRUSTEE	45
ORDER OF PRIORITIES IN POINT OF TIME	46
SECURITIES VARY ACCORDING TO TYPE OF PROPERTY CHARGED	47
CONFLICTING PRIORITIES	48
SECURITIES OVER MOVEABLE PROPERTY	49
INTRODUCTION	49
HOW CONFLICTS ARISE	51
HOW THE LAW SETTLES PRIORITIES	51
PARAMOUNTCY OF FEDERAL LAW OVER PROVINCIAL LAWS CONCERNING PRIORITIES IN BANKRUPTCY	52
THE LANDLORD'S POSITION	54
PARAMOUNTCY OF THE BANK ACT	55
PARTIAL REVERSAL OF PARAMOUNTCY IN THE BANK ACT	56
ARRANGEMENT OF PRIORITIES AMONG SECURITIES OVER MOVEABLE PROPERTY	58
1. INVENTORY	58
2. GENERAL ASSIGNMENTS OF ACCOUNTS RECEIVABLE	61
3. MACHINERY AND EQUIPMENT	65

	Page
SECURITIES OVER IMMOVEABLE PROPERTY	67
INTRODUCTION	67
DEFINITIONS	68
CONFLICTS AMONG SECURITIES OVER IMMOVEABLES	69
PRIORITIES AS BETWEEN PRIVILEGES AND HYPOTHECS	70
PRIORITIES AMONG THE PRIVILEGES	70
PROCEDURES CONCERNING THE CONSTRUCTION PRIVILEGES	71
PRIORITIES AMONG HYPOTHECS	73
CHANGES BY CONTRACTS OF LEGAL PRIORITY ORDER AMONG IMMOVEABLE SECURITIES	73
DEVICES CHANGING THE LEGAL PRIORITY ORDER	77
HOW THE GIVING-IN-PAYMENT CLAUSE WORKS	78
RESTRAINTS ON GIVING-IN-PAYMENT RIGHT AND PRIORITY OF HYPOTHEC	81

SPECIAL SUPPLEMENT FOR QUEBEC ONLY

ORDER OF PRIORITIES IN THE SCHEME OF DISTRIBUTION IN ESTATES UNDER THE BANKRUPTCY ACT

CONFLICTS AMONG SECURED CREDITORS - POSITION OF THE TRUSTEE

The trustee will sometimes find himself in the position of holding property of the bankrupt which is the subject of a contest among two or more creditors all holding legally valid securities over it. Most likely this will arise because one of the creditors making simultaneous claims under section 59 and Rule 92.1, using Form 51.1, opposes in court another creditor's right to the property, and the trustee is impleaded in the case so that the court may make an order to him to deliver possession of the property in question to the creditor who the court has decided is legally entitled to its possession, or is legally entitled to be paid in priority to the other creditor or creditors. (Code of Civil Procedure, Article 216.) All that section 59(2) authorizes the trustee to do, is to dispute each claim, alleging as his basis for dispute all other similar claims he may have received, leaving the claimants to appeal to the court, which will resolve the issue as between the claimants, and direct the trustee to deliver the property in question accordingly.

The trustee cannot make a motion to the court for directions as to resolving the conflict under Bankruptcy Act, section 16(1) because the Act does not govern realizations by secured creditors nor priorities among them, and therefore these are not matters "affecting the administration of the estate of a bankrupt" and the court (meaning "the court having jurisdiction in bankruptcy matters"-sec. 2) has no jurisdiction to give directions concerning them:

---In Re Michel: Paul v. La Caisse Populaire d'Arthabaska et al. (1963) 4 C.B.R. ns 23.

As long as the trustee does not contest the legal validity of the security in question in order to recover the asset for the estate, the trustee has no legal interest in the asset, nor does the bankruptcy division of the court named in section 153(1). The bankruptcy division will refer

the contesting claimants to the ordinary trial division of the court which will then make the final determination as to which claimant has priority and make the appropriate order for delivery of the asset by the trustee. The trustee's involvement here does not arive from any legal interest in the asset; rather the involvement arises from the simple facts that the asset is in the trustee's physical possession, and that the proper way to remove the asset therefrom is by obtaining a court order. Incidentally, the trustee's compliance with the court order venders the trustee immune from any action by the claimant who alleges that he has been wronged by the trustee's disposal of the asset. For this reason, it is prudent for the trustee merely to appear in any such litigation without himself contesting it and to await the court decision and comply with it. He should not undertake such matters on his own.

However, it will be useful for the trustee to have some guidance in these matters, even if only to improve his own understanding, and this is the purpose of this special supplement.

ORDER OF PRIORITIES IN POINT OF TIME

Because the trustee's involvement in disputes among secured creditors is generally minimal, whereas determining the priorities for distribution according to section 107 is one of his most important duties, this paper has first discussed section 107 and now this supplement directs its attention to secured creditors. However, it should be carefully noted that in the usual sequence of events, in time, realization be secured creditors, challenging the legal validity of their securities and settling priorities among the valid ones come first; only when this has been completed, and the property subject to securities has been withdraw from the property found in the debtor's possession by the procedure designed for that purpose in Bankruptcy Act section 59, Rule 92.1 and Form 51.1, can the trustee begin to determine what property, if any, of the debtor remains in his

hands for realization and subsequent distribution according to section 107. The trustee should, therefore, not be misled by the arrangement of this subject, the primary purpose of which arrangement is only to facilitate exposition.

SECURITIES VARY ACCORDING TO TYPE OF PROPERTY CHARGED

Unlike the provisions of the Uniform Commercial Code in force in the United States and several Canadian common law provinces, which created only one kind of security interest over all kinds of property subject to only one set of rules, Quebec Civil Law still retains separate kinds of securities for separate kinds of property. Most of the various securities to be discussed in this special supplement date from 19th-century laws passed to meet economic needs then existing. They have survived almost in their original from more than a century of change in commercial methods and practices, having been amended only infrequently, and then, only haphazardly.

Prior to the 1950's development of the law of security over property was slow and piece-meal; the various securities tended to develop in relative isolation from each other and each security was originally intended to suit a specific purpose with regard to a certain kind of transaction and to extend only over a certain type of property. As a result, each type of security also became subject to its own peculiar set of rules concerning its legal validity. The inconvenience of having different rules governing many kinds of securities has surfaced only with accelerated expansion of their usage in the concomitant accelerated expansion of commercial activity and of credit, and this fact has generated efforts in earnest to unravel the resulting complexities by legislation such as the Uniform Commercial Code.

However, until such legislation becomes a reality in Quebec the commercial community will continue to be plagued with the situation

where there are different kinds of securities on the one hand as between immoveable property (land and buildings) and moveable property (which includes everything else), and on the other hand as among the various types of moveable property, such as inventory, accounts receivable, machinery and equipment, all of which will be studied in detail presently.

CONFLICTING PRIORITIES

Not unnaturally, the piece-meal development of the various securities has resulted in conflicting rules, particularly where more than one security has been granted over the same property by a person thereby attempting to raise financing funds. Where two or more secured creditors claim over the same piece of property, and the proceeds of its sale are inadequate to cover all their claims, whose security ranks first to enable its holder to be paid first?

This special supplement will attempt to answer this question.

Bearing in mind that each type of property must be considered separately, and that only the securities upon that property need be taken into account in determining the priorities on that property for payment out of the proceeds of its sale, this special supplement will consider the respective properties in the following order:

Moveable property

- inventory
- accounts receivable
- machinery and equipment

Immoveable property

SECURITIES OVER MOVEABLE PROPERTY

INTRODUCTION

Assume that the trustee has done everything he can to rid the estate of illegal securities (i.e. improperly created or lacking certain features required by law) and that all the legitimate ones mentioned in this special supplement are fully valid and figure into one estate, each to the fullest extent permitted by law. It will be observed that each security covers a part or parts of the debtor's conceivable assets as follows:

TYPE OF SECURITY	PROPERTY SUBJECT TO SECURITY
Pledge - *Civil Code* articles 1966 to 1979, 1994(4), 2001. *Bankruptcy Act* secs 2, 49(2), 57	The actual thing held by the creditor in pledge - article 1966.
Commercial Pledge - *Civil Code* articles 1979e to 1979k, 1994(4), 2001. *Bankruptcy Act* secs 2, 49(2), 57	"machinery and equipment pertaining to his business" - article 1979e.
Trust Deeds - *Special Corporate Powers Act*, R.S.Q. 1969, c.275, secs 22 to 28 *Bankruptcy Act* sec. 49(2)	"all the property, moveable and immoveable, present and future, which the company may own in the Province" - *Special Corporate Powers Act* - section 22.
Assignments of Accounts Receivable - *Civil Code* articles 1570, 1571, 1571d, 1572, 1966. *Special Corporate Powers Act*, R.S.Q. 1964, c.275, s.26 *Bankruptcy Act*, s.72	Specific accounts, or all accounts, as the case may be - articles 1570 1571d.

TYPE OF SECURITY	PROPERTY SUBJECT TO SECURITY
Conditional Sales Contracts- Civil Code, articles 1472, 1079, 1078 Consumer Protection Act, S.Q. 1971, c.74 and regulations	The actual thing sold - article 1472
Leases Civil Code, articles 1600 to 1665	The actual thing leased - article 1625
Section 88 Security Bank Act R.S.C. 1970, c.B-1, secs 2(1)(2), 4, 75(2)(b), 86, 88, 89, 90, Schedules A,C,K, Bankruptcy Act sec. 183	(a) Inventory: Bank Act secs 2(1)(2), 88(1)(a)(b), and 89(5), (b) receivables arising directly from sales of the inventory charged; ---Re Canadian Western Millwork Ltd. Flintoft v. Royal Bank of Canada (1964) 44 D.L.R. (2d) 47 at p. 54 affirmed by [1964] S.C.R. 631;
Sellers' Rights Over 30-day goods, including: (a) Right of dissolution of sale: Civil Code articles 1543, 1532 1088, 1089; (b) privileged right to revendicate the thing sold: Civil Code articles 1994(3), 1998(1), 1999 (never used because of the requirement in article 1999(1) that "the sale must not have been made on credit" as a condition precedent to the exercise of this right); (c) right of preference upon price of thing sold: Civil Code articles 1983, 1994(3), 1998(2), 2000.	The actual goods sold

HOW CONFLICTS ARISE

Suppose, that the bankrupt has given to more than one creditor security of the same kind over the same property, for instance, two general assignments of book debts. Which one is entitled to the property for realization? Generally speaking, the one who first in time fulfils all the requirements for validation of his security against third persons will be entitled to the property.

Suppose, now that the bankrupt has given different types of securities to more than one creditor over the same property. What then?

HOW THE LAW SETTLES PRIORITIES

The answer is found in Civil Code Articles 1984, 1994 to 2008 and Bankruptcy Act sections 59 and 107. These provisions contain in order of ranking among conflicting creditors holding security over moveable property.

It is advisable first to examine the general scheme of creditors provided for in the Bankruptcy Act. Five distinct groups of creditors can be easily identified, listed here in descending order of protection accorded by the Act:

1. owner of property in the bankrupt's possession - sec. 59 - "is neither an ordinary creditor nor a secured creditor nor a preferred creditor" - --- In Re Bertone Construction Co. Ltd.: Grobstein v. Watson, Jack, Hopkins Ltd. et al (1961) 2 C.B.R. ns 30 at p. 35.

2. secured creditor

3. preferred creditor - section 107(1)

4. ordinary unsecured creditor - sections 107(3) and 112

5. postponed unsecured creditor - sections 108 to 111.

Only classes 2 and 3 are of interest in this discussion. It can be safely assumed that conditional sellers and lessors will withdraw property owned by them under section 59, and thereby eliminate themselves from the discussion. (A security given by the bankrupt over their property would be null and void anyway, because a debtor can give security only over what he owns, or in some cases, will own in the future, and in these circumstances, he will never acquire ownership.)

PARAMOUNTCY OF FEDERAL LAW OVER PROVINCIAL LAWS CONCERNING PRIORITIES IN BANKRUPTCY

One important preliminary observation must be made here.

Bankruptcy Act, Section 2 defines a secured creditors as follows:

> "secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor..."

A comparison of Civil Code Article 1994 and Bankruptcy Act section 107(1) will indicate that some of the creditors holding a privilege under the Civil Code, and the preferred creditors in section 107(1) whose rights are "subject to the rights of secured creditors", are identical. The effect of this situation is that all the creditors given the status of preferred creditors in section 107 thereby lose any status the Civil Code may have given them as secured creditors, and rank

in the order and to the extent over the bankrupt's property prescribed by section 107(1), regardless of the Civil Code's provisions, because whenever federal and provincial legislation conflict, federal legislation prevails:

--- In Re Gingras Automobile Limitee: Les Produits de Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier [1962] S.C.R. 676 affirming [1961] B.R. 827.

--- Royal Bank v. Larue (1928) 8 C.B.R. 579 (P.C.) affirming (1925-26) 7 C.B.R. 285 (S.C.C.).

The net result of the Gingras Automobile decision is that only the following secured creditors are left to rank in Civil Code Article 1994 in a bankruptcy:

1. the unpaid vendor, who has a privileged right on the sale price of the goods which he sold to the bankrupt - Article 1994(3), 1998(2) and 2000, (assuming that he has not repossessed under Article 1543);

2. the pledgee, commercial pledgee, and workmen who have a privilege and right of physical retention upon things improved or repaired by them - Articles 1994(4), 2001, 1969, 1979h, 441, and Bankruptcy Act section 57.

3. the "bond-trustee" under a trust deed (so called to distinguish him from the bankruptcy trustee), whose privilege ranks last on the list in the Civil Code, pursuant to Special Corporate Powers Act R.S.Q. 1964, c.275, section 24, paragraph 2.

THE LANDLORD'S POSITION

The Gingras Automobile decision involved in particular a landlord, who was held to be only preferred and not secured. Because his rights are therefore "subject to the rights of secured creditors", his rights cannot conflict with those of secured creditors:

--- Re Polycoating & Films Ltd. (1964) 8 C.B.R. ns 163

There are several decisions often quoted to support the landlord's alleged rights as a secured creditor against other secured creditors, but they were all decided before the Gingras Automobile case in 1962, and are no longer applicable. Trustees should therefore not be misled on this point. For the record, those decisions are:

---In re Spivack and Ettenberg (1927) 33 R.J. 118 (S.C.)

---L'expansion Jeromienne Inc. v. Delma Plastics Ltd. and Banque Canadienne Nationale [1950] C.S. 326.

---Re Alfandry Inc: Grobstein v. Peel Street Realties Ltd. (1958) 36 C.B.R. 85 (S.C.)

---In re Bernard Hardware Co. - (1935-36) 17 C.B.R. 293.

There is a recent case which treated the landlord's claim as a secured claim - Re Fermo's Creations Inc. (1969) 10 D.L.R. (3d) 560 (Q.C.A.) - but it should be noted that this case dealt with the Winding-Up Act R.S.C. 1970, c. W-10, which has no section corresponding to Bankruptcy Act section 107. Therefore, this case does not apply in bankruptcy either.

For the same reason, all of the Civil Code provisions which purport to give the landlord's privilege priority over certain other privileges do not apply in bankruptcy.

PARAMOUNTCY OF THE BANK ACT

The Bank Act section 89(1) accords the Section 88 Security priority as follows:

> "89.(1) All rights and powers of the bank in respect of the property covered by a security given to the bank under section 88 have, subject to the provisions of subsection 88(4) priority over all rights subsequently acquired in, on or in respect of such property, and also over the claim of any unpaid vendor, but this priority does not extend over the claim of any unpaid vendor who had a lien upon the property at the time of acquisition by the bank of the security, unless the same was acquired without knowledge on the part of the bank of such lien".

"Rights subsequently acquired" include those of "subsequent pruchasers or mortgagees in good faith of the property covered by the security" - section 88(4)(a).

Because the Bank Act is federal legislation, it overrides any provincial legislation conflicting with the Section 88 Security:

---In Re Right Electronics Company Limited: Banque Canadienne Nationale v. Lefaivre [1951] B.R. 83 reversing [1951] C.S.75.

Therefore, the Section 88 Security has priority over almost all securities created by provincial laws.

It will be recalled that, according to Bankruptcy Act section 183,

"183. Nothing in the provisions of this Act shall interfere with or restrict the rights and privileges conferred on banks and banking corporations by the Bank Act."

PARTIAL REVERSAL OF PARAMOUNTCY IN THE BANK ACT

However, the Bank Act itself governs the priority of the Section 88 Security, subjecting it in three instances to the priorities of other creditors as follows, in section 88(5):

"88.(5) Notwithstanding subsection 88(2) (which states that the bank acquires ownership in a Section 88 Security) and notwithstanding that a notice of intention by a person giving security upon property under this section has been registered pursuant to this section, where, under the Bankruptcy Act, a receiving order is made against, or an assignment is made by, such person,

(a) claims for wages, salaries or other remuneration owing in respect of the period of three months next preceding the making of such order or assignment, to employees of such person employed in connection with the business or farm in respect of which the property covered by the security was held or acquired by such person and

(b) claims of

(i) a grower of perishable products of agriculture that are direct products of the soil for money

owing by a manufacturer to the grower for such products that were grown by him on land owned or leased by him and that were delivered to the manufacturer during the period of six months next preceding the making of such order or assignment, or

(ii) a producer of dairy products for money owing by a manufacturer to the producer for such products that were produced on land owned or leased by him and that were delivered to the manufacturer during the period of six months next preceding the making of such order or assignment,

to the extent of seven thousand five hundred dollars of the amount of the claims of the grower or producer therefor or the total amount of his claims therefor if such amount is seven thousand five hundred dollars or less,

have priority to the rights of the bank in a security given to under this section, in the order in which they are mentioned herein, and if the bank takes possession or in any way disposes of the property covered by the security, the bank is liable for such claims to the extent of the net amount realized on the disposition of such property, after deducting the cost of realization, and the bank is subrogated in and to all the rights of the claimants to the extent of the amouns paid to them by the bank."

Two features of section 88(5) are worth noting.

The first is that section 88(5)(a) restores to the preferred creditor in Bankruptcy Act section 107(1)(d) the protection which

Bankruptcy Act section 183 and Bank Act section 89(1) would otherwise deny him. Indeed, it leaves him much better off as a first secured creditor rather than a fourth preferred creditor.

The second is that section 88(5)(b) restores to certain classes of unpaid vendors (but not all unpaid vendors) the rights of which section 89(1) deprives them.

ARRANGEMENT OF PRIORITIES AMONG SECURITIES OVER MOVEABLE PROPERTY

This special supplement will now turn to examining conflicting securities on each type of assets, briefly stating the decisions on various conflicts, and then applying them to establish priorities. The assets will be considered in the following order:

1. inventory;

2. general assignments of accounts receivable;

3. machinery and equipment.

1. INVENTORY

The secured creditors who may have conflicting rights here are:

(a) workmen retaining inventory on which improvements or repairs have been made;

(b) certain classes of unpaid vendors;

(c) banks holding Section 88 Security;

(d) all other unpaid vendors, including those with rights over 30-day goods;

(e) "bond-trustees" under trust deeds.

They rank in this order for the following reasons:

(i) The workman must retain in his possession the inventory in order to maintain his right to be paid - Civil Code article 441. If he does, his right ranks over anyone else's, including the owner. He therefore ranks over all the other creditors listed, including the bank holding Section 88 Security:

---Bank of Montreal v. Guaranty Silk Dyeing and Finishing Company Limited (1934-35) 16 C.B.R. 363 (Ont. C.A.) varying in part 16 C.B.R. 104.

This is because even though the Bank Act does override conflicting provincial legislation, the right of ownership which is gives to banks is subject to the same restrictions as provincial laws place upon other owners:

--- Attorney General of Canada v. Mandigo [1965] B.R.. 259.

(ii) The Bank Act section 89(1) gives the Section 88 Security "priority .....over the rights of any unpaid vendor". However, as has already been mentioned, Bank Act section 88(5)(b) provides that, in the case of a bankruptcy of a manufacturer who has given the Section 88 Security, the following particular classes of unpaid vendors have priority even over the Section 88 Security, as exceptions to section 89(1):

(1) growers of perishable products of agriculture that are direct products of the soil;

(2) producers of dairy products,

This priority is subject to the following conditions:

(a) these vendors must have grown or produced their products on land owned or leased by them;

(b) the products must have been delivered to the manufacturer within the six months immediately preceding the making of the assignment or the making of the receiving order (not the filing of the petition for it: the Bank Act specifically excludes the operation of the "relation back" doctrine of Bankruptcy Act section 50(4) by not referring to"the date of the bankruptcy");

(c) the maximum amount given preference over the Section 88 Security on these claims is $7,500: for the balance, if any, the claims will rank after the Section 88 Security (see below);

(d) the grower ranks before the dairy producer.

If all these conditions are not met, these types of claimants will rank after the Section 88 Security.

(iii) Apart from the exceptions mentioned above, Bank Act section 89(1) gives the Section 88 Security "priority... over the rights of any unpaid vendor". Therefore, Section 88 Security has priority over rights in 30-day goods falling outside the conditions of Bank Act section 88(5)(b):

---Ackroyd Brothers (Canada) Limited v. Brackon Products Inc. and Bank of Nova Scotia [1948] C.S. 407.

---In re Paramount Leather Goods Co. Inc. (1957-58) 37 C.B.R. 93 (S.C.)

---Bock & Tetreau Limitée v. La Fonderie de L'Islet Limitée et la Banque Canadienne Nationale [1971] C.S. 379.

(iv) It is submitted that the seller's rights in 30-day goods take precedence over the bond-trustee's rights. The seller's right to dissolve the sale under Civil Code Article 1543 means that the sale is made under a resolutory condition; that is to say, once the sale is dissolved, the situation between buyer and seller returns to what it was before the sale took place, and because resolutory conditions are retroactive (Civil Code Article 1088) the buyer is deemed never to have acquired ownership of the goods. The buyer could have hypothecated to the bond trustee only property over which he could become owner. Since in such a situation he is deemed never to have been owner, he could not have hypothecated the 30-day goods to the bond-trustee.

2. GENERAL ASSIGNMENTS OF ACCOUNTS RECEIVABLE

The secured creditors who may have conflicting rights here are:

(a) assignees of specific accounts

(b) general assignees of accounts receivable

(c) banks holding Section 88 security, without registered general assignment.

(d) bond trustee under trust deed without registered general assignment - Special Corporate Powers Act R.S.Q. 1964 c. 275, s.26.

(i) Generally speaking the first assignee in time to fulfil all requirements of registration and publication of notice of registration pursuant to Civil Code Article 1571d will rank first on all the accounts receivable:

---Canadian Imperial Bank of Commerce v. General Factors Limited [1968] S.C.R. 435 at p. 440 affirming [1966] B.R. 994.

---City Bank v. White (1873) 17 L.C.J. 335 (C.A.) affirming (1873) 17 L.C.J. 141

---Coté v. Paradis (1897) 11 C.S. 2.

(ii) When the bank holding Section 88 Security does not have a registered general assignment, but has taken the security before another assignee registers a general assignment, the bank has priority over all assignments arising directly from sales of the inventory covered by the Section 88 Security, in priority to the general assignee - Bank Act sec. 89(1) - and general assignee has priority over the bank on all other receivables:

---Re Canadian Western Millwork Ltd; Flintoft v. Royal Bank of Canada (1964) 44 D.L.R. (2nd) 47 at p. 54 affirmed by [1964] S.C.R. 631.

When a bond-trustee has not registered the general assignment of accounts receivable which the Special Corporate Powers Act automatically includes among the charged property, he cannot begin to recover the receivables until the security becomes enforceable under the trust deed's terms and notices to this effect have been published in accordance with section 26 of that Act.

If he has a registered general assignment of the accounts receivable, then it is only by way of pledge, not ownership:

---Laliberté v. Larue [1931] S.C.R. 7 affirming (1930) 48 B.R. 390.

He will be able to commence recovery only when the trust deed becomes enforceable, but he will not have to wait until after the notices are published.

As between a Section 88 Security and a trust deed, priority over the receivables is determined by which was given first by the debtor (assuming no registration of the general assignment).

When Section 88 Security is given first, the trust deed will be null and void as regards the inventory and receivables arising from sales thereof because the bank would have ownership of the inventory and those receivables and the debtor could not legally hypothecate what he does not own:

---Lord v. Canadian Last Block Company and Royal Bank (1917) 51 C.S. 499.

On the other hand, if the trust deed is given before the Section 88 Security, then the bank acquires ownership only subject to the liens already imposed by the trust deed. Section 89(1) protects the rights of the bank under Section 88 Security only against subsequent creditors, not against creditors whose rights arose prior in time to the Section 88 Security. Despite the priority which the Bank Act has over provincial laws conflicting with it, the right of ownership which the Section 88 Security contains is subject to all the restrictions which the provincial laws place upon owners:

---Attorney General of Canada v. Mandigo [1965] B.R. 259,

One of those restrictions is that when someone acquires ownership of property already subject to liens or charges, he remains subject to those liens until they are discharged by payment of the debt which they secure.

Therefore, when the Section 88 Security is taken over inventory, and a trust deed has already been given upon that inventory and receivables arising from its sale, the receivables will belong to the bond-trustee and not to the bank.

(iii) Where accounts receivables have been assigned to one creditor under a general assignment, and then some of those same receivables are specifically assigned to another creditor, the specific assignee has title of these specifically assigned receivables over the general assignee:

---Canadian Imperial Bank of Commerce v. General Factors Limited [1968] S.C.R. 435 at p. 440 affirming [1966] B.R. 994.

(iv) Summary Re General Assignments of Accounts Receivable

Following these rules, the priority among creditors with conflicting securities over receivables is as follows:

1. when all rights are registered, the first in time has priority over all others;

2. where some rights are not registered
   a) specific assignment always has priority over general assignment;

   b) registered general assignment has priority over unregistered general assignment;

   c) where Section 88 Security without registered general assignment is given before trust deed, then if bond-trustee's assignment is registered

i) the bank has priority over all receivables arising from sales of inventory;

ii) the bond-trustee has priority over all other receivables.

d) if trust deed with registered general assignment is given before Section 88 Security the bank may recover receivables until default under trust deed; at that point the bond-trustee recovers them;

e) if trust deed without registered general assignment is given before Section 88 Security, bank may recover receivables until notices of default under trust deed have been published; at that point, the bond-trustee recovers them.

3. MACHINERY AND EQUIPMENT

The secured creditors who may have conflicting rights here are:

(a) workmen retaining machinery on which improvements or repairs have been made;

(b) commercial pledgee;

(c) trust deed trustee.

They rank in this order for the following reasons:

1. the workman must retain the repaired property in his possession in order to maintain his right to be paid ---Civil Code Article 441. If he does he ranks over the commercial pledgee:

    --- Elliott Krever and Associates Limited v. Montreal Casting Repairs Ltd. and Universal Waste Materials Inc. [1969] CS. 56.

2. The commercial pledgee ranks over the bond-trustee regardless of when these two securities were given because of the order of preference set up by Civil Code Article 1994 and Special Corporate Powers Act s.24.

SECURITIES OVER IMMOVEABLE PROPERTY

INTRODUCTION

The trustee will be confronted with securities over immoveable property in realizations by secured creditors claiming the properties in question from the estate or the trustee may realize them himself where there is an equity for the estate, using the procedure required by Bankruptcy Act sections 64 to 68 and 100(3), and make distributions of the proceeds to creditors holding security thereon. For further discussion of this procedure, the reader is referred to the paper in this series entitled "Methods of Realization".

There are two basic types of securities over immoveable property:

(1) privileges over immoveables , which are considered completely separate from the privileges on moveables discussed above in connection with pledges, commercial pledges, unpaid seller's rights and trust deeds; they are governed by Civil Code Articles 1992 and 2009 to 2015 inclusive;

(2) hypothecs, governed by Civil Code Articles 2016 to 2081a inclusive, which do not apply to moveable property (Civil Code Article 2022) except for the hypothec over moveables created by trust deed (discussed above) as permitted by the Special Corporate Powers Act RSQ 1964, c. 275, s. 22.

Because this special supplement is based upon the assumption that the securities mentioned are all legally valid, the requirements for their validity shall not be discussed here. For a discussion of legal validity, the reader is referred to the "Working Notes on Real Estate Law" in the binder for the Seminar of November 24, 1972 held in Montreal.

What this special supplement will attempt to do is to set out the ordinary priorities of these charges, and to acquaint the trustee with the possible pitfalls he may encounter by the changing of order of such priorities by private contract.

DEFINITIONS

> "A privilege is a right which a creditor has of being preferred to other creditors, according to the origin of his claim. It results from the law...." - Civil Code Article 1983.
>
> "Hypothec is a real right upon immoveables made liable for the fulfilment of an obligation, in virtue of which the creditor may cause them to be sold in the hands of whomsoever they may be and have a preference upon the proceeds of the sale in order of date as fixed by (the Civil Code)" - Article 2016.

A few remarks will assist the reader in understanding these definitions and the significant differences between them.

Firstly, both privileges and hypothecs are charges dealing with priorities in payment to creditors holding them, out of the proceeds of judicial sales of the immoveable property which was subject to these charges.

Secondly, as regards privileges, they result from the law, that is to say, only a statute can create them. Two or more parties entering into a contract cannot create privileges by that contract. The only way that a creditor in a contract can obtain a privilege is to rely upon a statute already in force on the day the contract is entered into, if the statute confers a privilege upon the kind of contract in question. If such a statute exists, the privilege is attached to the contract automatically, whether or not the parties mention it in the contract. If no such statute exists, there can be no privilege regardless of what terms the parties insert in the contract.

Thirdly, the law accords privileges to certain kinds of claims for certain economic policy reasons. For instance, the law gives to the construction trades privileges over the immoveable properties on which they build to give them protection of their claims in the interest of giving these trades incentives to build better buildings. The law therefore specifies which kinds of creditors, generally in terms of calling or occupation, will be entitled to privileges. No other kinds of creditors can obtain them. This is what is meant in Article

1983 by attributing the right of privilege to the origin of the claim. For instance, the privileges of the construction trades originate in construction contracts because the law says so.

Fourthly, unlike privileges, hypothecs either result from the law or can be created by contract. Indeed, since contractual hypothecs are encountered in practice far more frequently than those resulting from the law alone, this special supplement will discuss only contractual hypothecs.

CONFLICTS AMONG SECURITIES OVER IMMOVEABLES

When this special supplement refers to securities over an immoveable, what it means is the securities existing over the same cadastral lot or set of cadastral lots, the cadastre being the legal division of land according to plans registered in the land titles registry offices (Civil Code Article 2166). Therefore, when it refers to conflicts of securities, it means as between two or more securities registered on the same lot or set of lots. For instance it would refer to a privilege and a hypothec both registered against a lot called "Lot A"; if the same debtor owns two lots, called "Lot A" and "Lot B", and there is only one privilege on Lot A and only one hypothec on Lot B, there could be no conflict.

There can, however, be different securities covering different parts of the land and buildings contained in and on the same lot. This is because, subject to certain exceptions, "ownership of the soil carries with it ownership of what is above and what is below it" - Civil Code Article 414 para. 1. The exceptions may result, as regards subterranean works, from laws regarding mining or municipal bylaws regarding sewers, telephone cables, etc., and as regards above-ground structures, from municipal bylaws or servitudes or aeronautical regulations regarding maximum building heights.

A very important exception, namely co-ownership by declaration, commonly referred to as the "condominium" results from amendments to the Civil Code introduced by the statute S.Q. 1969 c. 76. In a condominium, a person may own a fraction of the immoveable, as for instance, one apartment in a single building of two or more apartments, which he owns as a separate entity, of which he may transfer ownership apart from the ownership of any other fraction, (Civil Code Articles 441c, 441h). He may also hypothecate his fraction and

privileges may be obtained over it by creditors entitled to privileges by law and such charges extend only over his own fraction, if the obligations they secure involve only him and his creditor. Where the entire immoveable (not just his own fraction) is subject to a hypothec or privilege, this charge is divided among all the separate fractions according to the relative value of each fraction (Civil Code Article 441j)

PRIORITIES AS BETWEEN PRIVILEGES AND HYPOTHECS

Privileges rank ahead of hypothecs.

Although there is no specific text of law saying so in so many words, this is deduced from the consideration that privileges are mentioned first in Article 1982, in the arrangement of these subjects in the Civil Code (privileges - Articles 1983 to 2015, hypothecs - Articles 2016 to 2081a), and in Article 2130 which deals with priorities.

PRIORITIES AMONG THE PRIVILEGES

This is somewhat complex because of the fact that privileges are created not only by the Civil Code, where they are listed in Article 2009, but also by many other statutes, mainly taxing statutes, which also declare where they rank in the list in Article 2009. No attempt will be made here to list such privileges. The list would in any event be subject to frequent amendments.

It will be sufficient for the limited purposes of this part of this supplement to mention that Bankruptcy Act section 107 prevails over the conflicting provisions of the Civil Code regarding priorities, with the result that the important privileged creditors on immoveables remaining among "secured creditors" as defined in Bankruptcy Act section 2 are the following in their proper order

(1) construction privileges (which are the Quebec equivalent of what are known in the common law provinces as "mechanics' liens") - Articles 2009(7) and 2013 to 2013f inclusive,

consisting of privileges in the following order established in Article 2013c;

(a) workmen, for twenty days arrears of wages;

(b) suppliers of materials, for the price of raw materials and manufactured objects entering into the construction;

(c) builders including both general contractors and sub-contractors for the price of their work;

(d) architects, for their professional fees

(2) the privilege of the unpaid seller of an immoveable for its sale price.

Generally speaking, privileges of the same rank share pro rata in the proceeds of sale (Civil Code Article 1985). There is an important exception to this by virtue of Civil Code Article 2013b and Code of Civil Procedure Articles 721 and 722, which will be dealt with in greater detail shortly.

Also, privileged rights derive their respective priorities from the law alone, and they are not governed by the date on which they arise or are registered.

PROCEDURES CONCERNING THE CONSTRUCTION PRIVILEGES

There are special procedures concerning the construction privileges described in the following except by Mr. J.W. Hemens, Q.C. in an article entitled "Privileges and Hypothecs", Chapter VII, Meredith Memorial Lectures on Real Estate Law, McGill University, 1962, p. 66 at p. 67:

> "There are, however, three possible situations where the proceeds from the forced sale are insufficient to pay all the privileged claims and what is known as a ventilation or relative valuation is required. These situations are set out in Article 721 in the Code of Civil Procedure and are as follows:

1. When several immoveables or pieces or parcels of land, separately charged with different claims, are sold for one and the same price;

2. When a vendor's claim comes in concurrence with a builder's privilege;

3. When a creditor has some preferable claim upon part of an immoveable by reason of improvements or other cause.

"The procedure which is followed here is known as a ventilation or relative valuation. Essentially, no ventilation can be demanded unless the property has been sold judicially and its proceeds are insufficient to pay all claims against it in full.

"Perhaps it would be helpful to give you an example of what exactly is meant by a ventilation. You might therefore consider with the following illustration which is given by Marler in his "The Law of Real Property".

" A, the proprietor, engages B as a plumbing and heating contractor and C as the contractor for the brick work, both of them being bound by their contracts to engage and pay their own workmen and to provide the materials required. The proprietor pays neither B nor C and the completed building is, therefore, brought to sale judicially. A relative valuation is made and determines that the additional value given by B is $2,000.00 and by C $1,000.00. B has paid his workmen and the accounts for his supplies. C has paid neither. In the distribution of the proceeds of the sale B will be paid by preference over all other creditors out of the amount alloted to his improvement, and out of the amount allotted to C's improvement the workmen engaged by him would first be paid. In other words, C cannot pretend to a privilege on the improvement which results from B's work and neither can any person deriving rights through them. Each claimant is secured by privilege on the additional value given by his work and in the case of the supplier of materials on the additional value given by his material. If it

were not for these provisions, then, of course, one sub-contractor, in this case B, would be at a distinct disadvantage to C because the former would have paid his workmen and for his materials, whereas the latter had not. If these principles of ventilation were not followed the law would not be giving effect to the very principles on which a privilege is based.

"This procedure will also have to be used where there is an unpaid vendor of the land and it becomes necessary to establish what portion of the sale price is represented by the building and what portion is represented by the land.

"To illustrate this latter point let us assume that the land is sold subject to a vendor's privilege of $1,000.00. The contractor registers a privilege for $5,000.00. The property is sold by forced sale and realizes $3,500.00. The relative valuation determines that the land is worth $2,000.00 and the building $5,000.00. Here the law will presume that two-sevenths of the price is represented by the land and five-sevenths by the building, and accordingly the unpaid vendor will receive two-sevenths of the money available, or $1,000.00 and the contractor the remaining five-sevenths or $2,500.00".

PRIORITIES AMONG HYPOTHECS

Hypothecs rank according to the date of their registration in land titles registry office-Civil Code Articles 2047, 2082, 2083, 2130(3).

They do not rank according to the date of the contract of which they form a part.

CHANGES BY CONTRACTS OF LEGAL PRIORITY ORDER AMONG IMMOVEABLE SECURITIES

In the section of this special supplement dealing with the priorities among moveable securities, it was possible to state with reasonable assurance just what the order of priorities is on the different kinds of assets. The same is almost impossible as regards immoveable securities. Even though the law has established the basic order described above for privileges and hypothecs,

this order can be, and very frequently is, changed by contracts between privileged creditors, between hypothecary creditors, and as between privileged creditors on the one hand and hypothecary creditors on the other hand. As will be seen shortly, trustees are likely to encounter such situations in bankruptcies in the construction industry and its associated trades.

There are several reasons for this difference as between moveable and immoveable securities.

The moveable securities mentioned earlier in this special supplement were all created by statute, and are attached by statute to various contracts. Such statutes make it very clear that the securities are exceptional rights for the creditors holding them (Civil Code Article 1981), and as such, the legal provisions concerning them are very strictly and limitatively interpreted and applied. This is because, when a statute establishes general rules and exceptions to those rules, to allow the exceptions to expand too widely or to proliferate in number would erode the general rule. Also, the securities have a somewhat exceptional character by nature because of a new element they introduce into the ordinary law of contract and of the classical and vital distinction between the ownership or legal title over property and physical possession over it, all of which constitute the basis of granting of credit. In the first place, credit grantors will generally rely on possession of assets in assessing the solvency of a prospective borrower, and this reliance can be undermined by the existence of liens, which ordinarily are invisible. This leads to a second feature arising from the exceptional nature of moveable securities. The ordinary rule of contract law is that contracts have effect only between the contracting parties, and cannot ordinarily affect the rights of "third persons", a term referring generally to anyone who has not become a party to a contract (regardless of the actual number of parties to the contract). When the security is created, however, it has a very obvious effect on the rights of the credit grantor who will be unaware of the existence of the security unless he is specifically notified thereof. For this reason, the law attempts to protect the rights of "third persons" by providing for public registration and other means of notification to third persons of rights potentially affecting them. The strictness of such laws and of their interpretation and application is motivated by the legislator's concern for the protection of third persons. This same concern extends to the protection of the securities granted to the secured creditors in question as against

the rights of other creditors who also hold valid securities. This is one reason for establishing the order of priorities by law and insisting that it be adhered to. (For further discussion of the protection of third persons' rights, the reader is referred to the "Working Notes on Basic Property Law - Concepts of Possession and Ownership in Quebec" in the binder for the Seminar held at Montreal on November 24, 1972).

There does exist a theoretical possibility of changing the order of priorities among the moveable securities when two or more creditors holding such securities enter into contracts in which higher ranking creditors agree to subordinate their securities below those of lower ranking creditors. However, an important practical obstacle to this possibility, at least from the legal point of view, is that it is difficult to ascertain at any given time the existence of all the securities over a certain item and the identity of their holders, since the following secured rights do not require any registration or similar widespread publicity:

(a) workmen's possessory lien;

(b) unpaid vendors' rights;

(c) specific (as opposed to general) assignments of accounts receivable.

Such an obstacle renders unlikely the possibility of an agreement varying the order of moveable securities. The legal order can therefore be safely relied upon.

However, the situation with immoveable securities is entirely different.

In the first place, all hypothecs must be registered before they can affect third persons' rights (Civil Code Articles 2047, 2082, 2083, 2130(3)) and in particular registration establishes the order of priority of hypothecs (Article 2082). Also, all privileges, except for the privilege of construction workmen securing twenty days' arrears of wages (Civil Code Articles 2009(7), 2013, 2013a, 2013c(1), 2013d) must be registered in order to preserve them (Civil Code Article 2103), which, of course, is a prerequisite to their being allowed to rank in the legal order established by Civil Code Article 2009 and the other statutes which vary it. (In addition to being registered, legal action must also be commenced very shortly afterwards to preserve it, but this lies outside

the scope of the discussion of priorities proper and will not be further discussed).

The practical meaning of this universal requirement for registration is that anyone contemplating dealings with a piece of real estate, whether as prospective purchaser or as credit grantor taking a hypothec or being legally entitled to a privilege, can ascertain, literally at a glance in the registry office records concerning the property in question, what charges affect the property, in whose favor they are, what amount they secure and how they rank. Armed with this information, the prospective purchaser or credit grantor knows whom to negotiate with and what to negotiate for in attempting to obtain for himself by contract the subordination of higher ranking claims beneath his own claims. In the construction industry, this practice is frequently resorted to by persons lending money to land owners and taking hypothecs on the construction site after construction has begun, in order to finance the construction. Ordinarily, the construction privileges applicable to the project are already in force and would take priority over the hypothec, and it is in the lender's interest to reverse this priority. This will be discussed in greater detail shortly.

For the moment, it is sufficient to note that hypothec and its accompanying devices (also to be discussed shortly) are matters of contract, and as long as certain basic legal requirements, such as registration, are observed, the parties to the contract enjoy full freedom to stipulate in the contract whatever they legitimately please (Civil Code Article 13), including changes of the order of priorities among the immoveable securities. For the same reason, the number of permutations and combinations of changes of order is limited only by the ingenuity of the draftsmen of the contracts producing such changes. Therefore, this special supplement will not attempt further to set out the order of priorities among immoveable securities. Each set of circumstances will have to be considered on its own by the trustee as situations arise. What the balance of this special supplement will attempt to do is to acquaint the trustee with some of the more common pitfalls encountered in the maze of complexities inherent in this subject and to alert him as to their possibilities.

DEVICES CHANGING THE LEGAL PRIORITY ORDER

In connection with hypothecs, there are two devices commonly inserted in contracts to enhance the powers of the secured creditor in realizing upon his security:

(a) the giving-in-payment clause (often referred to by its French name "dation en payment") coupled with a resolutive condition (Civil Code Article 1088) by virtue of which, in cases of default and instead of the repayment of a loan in money, the borrower gives, that is to say, transfers full ownership over, the hypothecated immoveable to the lender- Civil Code Article 1592;

(b) the stipulation and right of dissolution of sale of an immoveable for non-payment of the price (Civil Code Articles 1537, 1532 and 1065) placed in deeds of sale (as opposed to loans) in favor of the seller of the immoveable, often called a "resolutory clause".

In practice, there is no difference between them. In both cases, the creditor becomes, or resumes the status of, owner of the immoveable retroactive to the date of the contract, and the debtor is deemed never to have been owner. Because the only person who can grant hypothec over an immoveable is the owner (Civil Code Article 2037), and the debtor is deemed nver to have been owner, the hypothec granted after the date of the contract is deemed never to have been granted. Similarly privileges arising out of contracts made by the debtor while he was owner are retroactively annulled:

--- Beaver Hall Investments Ltd. v. Ravary Builders Supply Co. Ltd. [1963] C.S. 388.

The effect of such clauses is to allow the creditor an additional recourse which by-passes the other ordinary recourses and upsets the order of priorities.

Another device commonly used in the construction industry is the waiver of privilege by a privileged creditor in favor of a hypothecary creditor, also sometime known as granting priority of hypothec. What this means is that a privileged creditor, such as a building contractor, agrees to subordinate his privilege behind a hypothec granted to a lender who has financed the building for the landowner who has hired the building contractor. The effect of this is to reverse the ordinary priority of privilege over hypothec, and to leave the contractor with a privilege at a lower rank, while remaining a secured creditor under the Bankruptcy Act Section 2.

Yet another such device is the total renunciation of privilege, which goes farther than a waiver in that it deprives the privileged creditor of his privilege altogether, and makes him an unsecured creditor. Sometimes tradesmen are induced to sign such total renunciations as the consideration for even obtaining a contract on a construction project.

HOW THE GIVING-IN-PAYMENT CLAUSE WORKS

The effect of a hypothec on real estate combined with a giving-in-payment clause in favor of a creditor to secure payment of a debt is to allow the creditor, upon default to pay an instalment, to take the hypothecated real estate as owner, in addition to being able to retain any and all sums paid by the debtor prior to default.

These clauses usually contain a stipulation, commonly called an "acceleration clause", which provides that, upon default to pay any instalment when due, the entire outstanding balance immediately becomes due and exigible, and the giving-in-payment involves the transfer of ownership of the hypothecated real estate as payment of that outstanding balance.

Prior to 1964, it was customary also to include in such transactions a clause stating that automatically upon bankruptcy of the borrower, the acceleration and giving in payment would become immediately due and exigible.

Thus although a debtor might have paid at least one-half of his debt, and although the real estate would have been worth more than the debt (including interest), the creditor could retain all the sums paid, and could sell the real estate at market value, and, since he owned it, retain the full sale price, making no return to the debtor or to his trustee.

The legality of such contracts, as not contravening the Bankruptcy Act, was recongnized by the Supreme Court of Canada in Bissonnette v. La Compagnie de Finance Laval [1963] S.C.R. 616.

Obviously the effect of such an arrangement is to give the creditor rights of ownership superior to those of a secured creditor as defined by the Bankruptcy Act, in that he does not have to realize his security and return any excess to the trustee. The obvious economic effect, as far as the bankrupt estate is concerned, is to remove from the assets value far in excess of the total debt owing to this creditor.

In order to correct this abuse, the Quebec Legislature in 1964 enacted "An Act to Protect Borrowers against Certain Abuses and Lenders Against Certain Privileges" 12-13 Eliz II S.Q. 1964, c. 67 which introduced into the Civil Code what are now Articles 1040a to 1040e inclusive. These articles prevent the creditor's right to become owner from taking effect automatically upon default. Rather, the creditor must serve on the debtor and register in the land titles registry office against the hypothecated property, a 60-day notice (dating from completion of both service and registration) specifying the breach of the debtor's obligation (to pay the current instalment) and requiring payment within 60 days. If the back payments are made within that time, or after that time but before the property has been transferred in ownership to the creditor by deed signed voluntarily by the debtor (or his trustee duly authorized by the inspectors under Bankruptcy Act Section 12(11)), or by judgment of the court (the creditor cannot seize without a judgment), the creditor cannot act, and the ownership of the property remains in the debtor, or his trustee. Payments cannot be accelerated or demanded as such.

--- Re Nadeau: Canada Permanent Trust Company v. Nadeau (1969) 15 CBR ns 191;

--- Forte v. Coast to Coast Paving Limited [1972] C.S. 718.

If the debtor has become bankrupt, the result is that the trustee can keep the ownership of the hypothecated real estate within the debtor's estate by paying to the creditor all back-payments then due. If he does, he renders ineffective the creditor's exercise of the right to become owner by way of the giving-in-payment clause. However, the giving-in-payment clause usually co-exists with a hypothec in such manner as to give the creditor the option, upon default by the debtor, either of exercising the hypothec, by having the real estate judicially sold and ranking first upon the proceeds of sale, or of exercising the giving-in-payment.

Therefore, the creditor remains nevertheless a hypothecary creditor, and as such is a secured creditor, according to the definition of that term in section 2 of the Bankruptcy Act, and subject to sections 98 to 105 inclusive dealing with secured creditors. Thus the trustee can redeem the security or the creditor may realize upon it. If the creditor realizes the security, the excess over his claim belongs to the trustee under section 68 of the Act. Also the trustee may sell the property if there is an equity for the estate, using the procedure of Bankruptcy Act sections 64 to 68, and then make distribution to the secured creditors accordingly.

Civil Code Article 1040b, second paragraph, provides that in case of bankruptcy of the debtor, the creditor is entitled to no indemnity (i.e. damages caused by non-payment, apart from reimbursement of the debt itself) except interest and costs. That is to say, he cannot exact extra penalties, or liquidated damages.

Under Article 1040e,the above-mentionned articles apply "notwithstanding any agreement to the contrary".

If the trustee does not redeem the property or disclaim it under Bankruptcy Act section 12(1), then the creditor upon obtaining judgment, follows the procedure of section 59 for ownership claimants. His 60-day notice would satisfy the requirements of section 59.

RESTRAINTS ON GIVING-IN-PAYMENT RIGHT AND PRIORITY OF HYPOTHEC

One important restraint by law upon giving-in-payment clauses has already been mentioned, namely the possibility for the trustee or for "any other interested person" in Civil Code Article 1040b, which may also refer to any other creditor, to stop the exercise of the giving-in-payment recourse. In effect this stoppage restores the ordinary ranking by ensuring that privileges granted after the registration of the hypothec with giving-in-payment will not be retroactively annulled, but will indeed rank ahead of the hypothec.

Another important restraint arises from the fact that, if the debtor or his trustee voluntarily gives the immoveable in payment before the expiry of the 60-day period, which cannot be renounced by the agreement to transfer earlier (Civil Code Article 1040e), he would deny other creditors the advantage of protecting their rights within the 60-day period by stopping the recourse; therefore, the courts have held that the voluntary giving-in-payment taking place before the expiry of the 60-day period is subject to the rights of other creditors, that is to say, if they have privileges which ordinarily would be extinguished, nevertheless, they remain in force until the end of the 60-day period:

--- Lavoie v. Crédit Mauricien Inc. [1967] S.C. 629;

--- Sirois v. Hovington [1969] BR 97.

And yet a third restraint results from what is almost a self-contradiction in the combination of the recourses of giving-in-payment and priority of hypothec. It arises from the following considerations.

It has already been mentioned that, barring legal irregularities, the operation of the giving-in-payment clause retroactively extinguishes privileges or hypothecs registered after the registration of the giving-in-payment clause. However, it does not affect privileges or hypothecs which had been registered previously. Thus the hypothec with giving-in-payment clause would have to rank after the previous charges.

Therefore, in a construction project, if certain construction tradesmen have privileges from the day they contract for their work, supplies, etc. and later, a money-lender registers against the construction site a hypothec with giving-in-payment, when the lender exercises his recourse of giving-in-payment, he becomes owner of the immoveable subject to the prior privileges:

--- Belle Isle Lumber Inc. v. Craft Finance Corp. [1966] BR 135 affirmed by [1966] SCR 661;

--- Nineteen Hundred Tower Ltd. v. Cassiani [1967] BR 787 affirmed by [1968] SCR vi;

--- Sofinec Inc. v. Amico Inc. [1969] BR 941;

--- Roger Landry Limitée v. Place St-Gabriel Inc. [1973] CS 12.

To attempt to free his recourse from being thus hindered, the lender will ask the tradesmen for waivers of privilege, that is to say, subordinations which will grant to the lender priority of hypothec, enabling the lender to proceed first.

Now, the question becomes: how does he proceed - by the giving-in-payment clause, whereby he may make a sizeable profit and return nothing to the estate if the recourse is not stopped within the 60-day notice period, or by way of the prior hypothec? The answer is: by hypothec and not by giving-in-payment, for the following reason. The giving-in-payment, like the hypothec, is only an accessory right to a principal right of recovery of the claim. The accessory follows the principal in law, so that if the principal ceases to exist, the accessory must also cease to exist. The exercise of the giving-in-payment releases the claim; the claim is thereby extinguished. The principal now being extinguished, the accessory hypothec is also extinguished, and along with it, the priority granted by the privileged creditor. Now that the grant of priority of hypothec is removed, the privileges resume their priority and further realization by the lender-become-owner is subject to those privileges. On the other hand, if he exercises his prior hypothec instead, the priority would enable him to recover his claim in priority to, and free and clear of, all those other privileges. However, unlike the result of the giving-in-payment, he cannot keep all the proceeds of sale for himself but can only satisfy his claim, leaving the balance, if any, to the other privileged creditors, and perhaps, to the bankrupt estate.

However, if this hypothecary creditor has been able to obtain total renunciations of all the privileges existing prior to the registration of the hypothec and giving-in-payment, then the creditor need not be concerned about exercising his giving-in-payment recourse. Here the situation would not involve a shifting of rank, because the renunciation would have caused the forfeiture of the right to rank, and the giving-in-payment would stand alone. The privileged rights, once validly renounced, would not be revived, and therefore could not affect the giving-in-payment recourse.

WHO
LIBRARY